

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**LUÍSA MACIEL DA COSTA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE: UM ESTUDO  
DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

**Florianópolis**

**2018**

**LUÍSA MACIEL DA COSTA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE: UM ESTUDO  
DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

Trabalho de Conclusão apresentado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal de Santa Catarina,  
como requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Rafael Peteffi da Silva

**Florianópolis**

**2018**



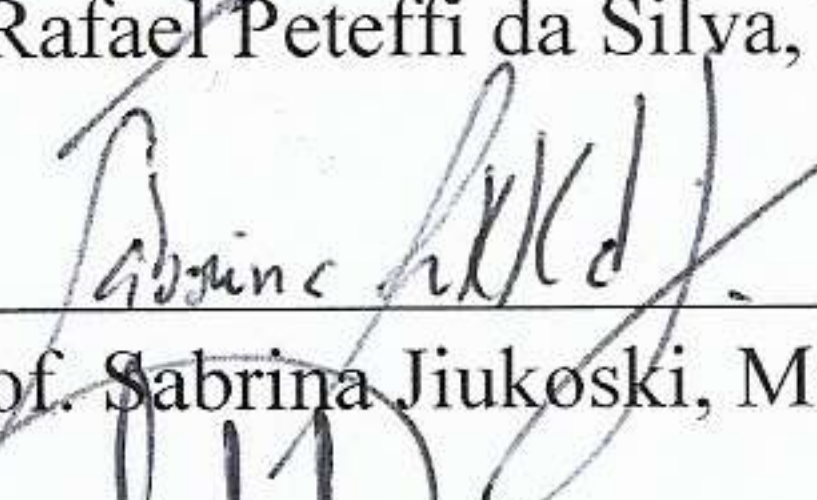
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

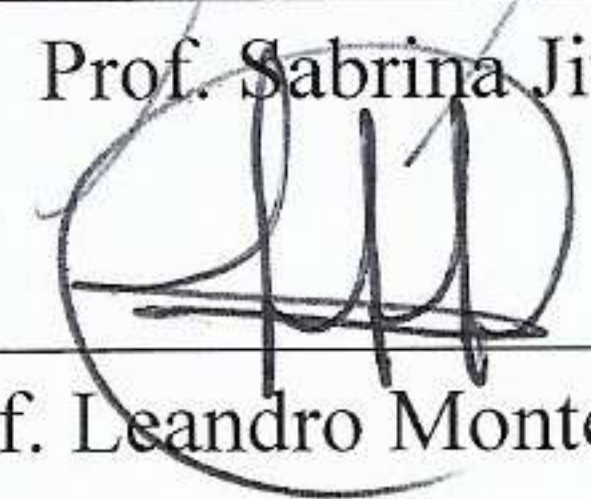
### TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A Natureza Jurídica da Perda de Uma Chance: Um Estudo Doutrinário e Jurisprudencial”, elaborado pela acadêmica Luísa Maciel da Costa, defendido em 05/07/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de Julho de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rafael Peteffi da Silva, Ph.D.

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Sabrina Jiukoski, Msc.

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Leandro Monteiro Liberal, Msc.





UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

## TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Luísa Maciel da Costa

RG: 4888975

CPF: 093.591.449-83

Matrícula: 13200074

Título do TCC: A Natureza Jurídica da Perda de Uma Chance: Um Estudo Doutrinário e Jurisprudencial

Orientador (a): Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Eu, Luísa Maciel da Costa, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 05 de julho de 2018.

Luísa Maciel Costa

Luísa Maciel da Costa

## AGRADECIMENTOS

Para mim, é impossível começar esta monografia sem agradecer. São tantas as pessoas que trilharam esta jornada comigo, que enchem meus olhos de lágrimas e o coração de gratidão.

Antes de tudo, tenho que agradecer a Deus. Nos momentos mais difíceis, foi Ele a quem recorri.

Aos meus queridos pais, Tarcísio e Maria Célia, sem dúvidas, meus melhores amigos. Nunca mediram esforços para me apoiar, principalmente, quando o assunto se tratou de amor e educação. Mãe e pai: Eu sei que nunca foi fácil para vocês, e, é por isso que aqui eu não só agradeço, como também me comprometo a um dia retribuir de alguma forma tanto carinho e dedicação.

À minha amada Vó Tetê e o meu eterno Vô Nilton. Eu tenho muita sorte por ser neta de vocês.

Ao meu irmão Fernando e minha cunhada Karyn, que ouviram parte das minhas angústias e aceitaram abaixar o volume da televisão para que eu pudesse me concentrar. Brincadeiras à parte, vocês são muito especiais para mim.

Ao meu namorado Rafael, que no último semestre de faculdade ganhou todas as chances com o meu coração. Obrigada por ter sido meu melhor amigo durante esses cinco anos e por me fazer enxergar as possibilidades sérias e reais de a nossa amizade se tornar um grande amor. Você foi essencial nesta caminhada.

À Lara: a melhor amiga que a vida poderia me dar. Você é parte disso e é imprescindível para mim.

À Letícia: minha querida e melhor amiga de infância. Obrigada por estar de volta na minha vida.

À Manuela: minha dupla de Escritório Modelo, de estudo e de faculdade. Manu, você fez tudo isso ser possível, obrigada por todo o apoio durante essa jornada.

Às minhas amigas do Clube do Livro, Amanda, Carol, Júlia, Kiki, Luísa e Mônica e tantos outros amigos especiais que aqui não pude mencionar. Ressalto, inclusive, os que já não caminham mais ao meu lado, mas que foram muito importantes para que eu chegasse até aqui.

À Universidade Federal de Santa Catarina por ser uma casa acolhedora e ter me proporcionado 5 (cinco) anos de ensino público, gratuito e de qualidade.

Por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva e Sabrina Jiukoski, membro da banca a qual essa monografia será submetida, incansáveis ao sanar minhas dúvidas e acalmar as minhas angústias.

## **RESUMO**

A presente pesquisa analisa qual a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. As hipóteses a serem trabalhadas apresentam a possibilidade de tal natureza estar atrelada a um abrandamento do nexo de causalidade, ou a um dano autônomo, ou, ainda, a viabilidade dela se dissociar a depender da interrupção total ou não do processo aleatório. Nesse último cenário a perda da chance ora assumiria papel de dano autônomo, ora estaria relacionada a um conceito pouco ortodoxo de nexo causal. Dentre os objetivos, o primeiro a ser trabalhado envolverá, inicialmente, a construção de aspectos introdutórios que circundam a teoria, através do pano de fundo das modificações que vem remodelando o panorama da responsabilidade civil, sua conceituação, histórico e entrada no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo tratará das teorias atreladas ao nexo de causalidade, dano e da teoria majoritária francesa que dissocia os casos clássicos de perda da chance e os casos de perda da chance na seara médica. Além disso, o último objetivo verificará o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais Estaduais. Em relação ao método da pesquisa, buscar-se-á desenvolvê-lo por meio de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, a conclusão a ser apresentada norteia a ideia de que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça vislumbra as chances perdidas como um dano autônomo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Perda de Uma Chance; Natureza Jurídica; Dano Autônomo; Nexos de Causalidade; Mitigação.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 -	Distinção entre o dano relativo à chance perdida e danos hipotéticos.....	24
Figura 2 -	Distinção entre as teorias atinentes ao nexo causal.....	34
Figura 3 -	Distinção entre o dano final e o dano relativo à chance Perdida.....	43
Figura 4 -	Análise Processual acerca das decisões que trataram das chances perdidas no lapso temporal pesquisado.....	61
Figura 5 -	Análise quantitativa das decisões que trataram acerca das chances perdidas no lapso temporal pesquisado.....	62
Figura 6 -	Análise qualitativa das decisões que trataram acerca das chances perdidas no lapso temporal pesquisado.....	63

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS DA PERDA DE UMA CHANCE.....</b>	<b>11</b>
2.1	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	11
2.2	CONCEITO.....	14
2.3	SÍNTESE HISTÓRICA.....	18
<b>3</b>	<b>NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DA CHANCE.....</b>	<b>25</b>
3.1	PERDA DE UMA CHANCE COMO ALARGAMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	26
3.1.1	Teoria da Equivalência das Condições.....	27
3.1.2	Teoria da Causalidade Adequada.....	27
3.1.3	Teoria do Dano Direito e Imediato.....	29
3.1.4	Causalidade Alternativa e Causalidade Parcial.....	31
<b>3.2</b>	<b>A DOCTRINA MAJORITÁRIA FRANCESA: SEPARAÇÃO ENTRE PERDA DA CHANCE CLÁSSICA <i>VERSUS</i> PERDA DA CHANCE NA SEARA MÉDICA.....</b>	<b>34</b>
3.3	PERDA DAS CHANCES COMO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE DANO.....	38
3.4	CAUSALIDADE PARCIAL <i>VERSUS</i> DANO AUTÔNOMO: UM DEBATE SÍNTESE ENTRE PETEFFI DA SILVA, FERNANDO NORONHA E DANIEL CARNAÚBA.....	44
<b>4</b>	<b>ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS .....</b>	<b>49</b>
4.1	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	49
4.2	TRIBUNAIS ESTADUAIS.....	68
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>73</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>
	<b>APÊNDICES.....</b>	<b>79</b>



## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Curso de Ciências Jurídicas na Universidade Federal de Santa Catarina e tem como cerne de pesquisa a análise da natureza jurídica da teoria da perda de uma chance.

A solução para a problemática exposta possui três objetivos:

a) Analisar o que é perda de uma chance, qual a sua origem e como é vislumbrada no ordenamento jurídico brasileiro;

b) Compreender as teorias de nexo de causalidade e as concepções de dano, para se depreender qual seria a natureza jurídica que a perda de uma chance pode assumir;

c) Elucidar qual o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais Estaduais que tenham abordado o assunto;

Os objetivos acima delineados são enfrentados nos três capítulos que compõem a presente pesquisa, os quais serão brevemente relatados nas linhas subsequentes.

O segundo capítulo destrincha temáticas que circundam o objeto de estudo. Inicia-se realizando uma abordagem introdutória, delineando o marco teórico no qual a teoria está inserida e a própria evolução da responsabilidade civil. Nessa etapa, comenta-se acerca da modificação social, que flexibilizou o conceito de culpa, e que reconheceu nos mais diversos ramos científicos o caráter de incertezas e imponderabilidades. O panorama traçado visa demonstrar que se antes a responsabilidade civil voltava seu olhar a condenação do culpado, hoje ela se volta para a reparação da vítima. Assim, frente ao reconhecimento das incertezas retro mencionadas o direito teve de enfrentar a temáticas, como, por exemplo, a da perda de uma chance.

Desse modo, adentra-se na noção de privação das chances, conceituando a teoria. Todavia, entende-se pertinente, ainda antes disso, caracterizar o vocábulo chance sob o aspecto jurídico. Busca-se delinear através dos ensinamentos de Sérgio Savi e Fernando Noronha situações nas quais não seriam aplicáveis a teoria das chances perdidas. Nessa etapa, inicia-se uma discussão, embora neste tópico ainda tímida, acerca das presunções de causalidade. Esse debate engendrará no terceiro capítulo a concepção da natureza jurídica das chances atrelada ao nexo de causalidade.

Entretanto, antes de principiar a argumentação polêmica relativa a natureza jurídica da perda de uma chance, julga-se interessante exhibir os contornos históricos da teoria, mesmo que breves. Ressalta-se que o intuito dessa pesquisa não é esmiuçar um contexto histórico, mas

esboçar onde a teoria surgiu, onde se propagou e como foi a sua porta de entrada no direito brasileiro. Aqui se constatará que inicialmente as chances perdidas eram tidas como dano hipotético, havendo uma evolução doutrinária e jurisprudencial quanto a elas. Interessante este gancho, porque o terceiro capítulo abordará jurisprudencialmente a natureza jurídica da perda da chance nos últimos 5 (cinco) anos.

O terceiro capítulo será introduzido com a difícil tarefa de conceituação do termo natureza jurídica, que por vezes pode parecer um conceito um tanto indeterminado. Ele objetivará elucidar quais as naturezas jurídicas que podem ser assumidas para a teoria analisada. Partiu-se de três hipóteses centrais.

A primeira delas atribuiria a natureza jurídica das chances perdidas, o alargamento da noção de nexo de causalidade, apropriando-se da noção de causalidade alternativa. Para sua compreensão, analisar-se-á as teorias tradicionais da causalidade (equivalência das condições, causalidade adequada e causalidade direta e imediata) e logo após as teorias alternativas de nexo causal (causalidade parcial). Faz-se importante o conhecimento dessas teorias, porque aqueles que acreditam que a perda da chance seria uma concepção pouco ortodoxa do nexo causal, atribuem a reparação da vítima a proporção em que a causalidade influenciou na frustração da oportunidade almejada (dano final).

Subsequentemente, busca-se estudar a teoria majoritária francesa. Em França diferencia-se os casos de chance clássica dos casos de chance na seara médica. Distingue-se dois grupos: no primeiro, a conduta do réu retirou da vítima todas as chances de obtenção do resultado almejado, interrompendo-se cabalmente o processo aleatório. Nesse caso está comprovado o nexo de causalidade tradicional, havendo a natureza jurídica de prejuízo autônomo. No segundo grupo, a conduta do réu não extirpou da vítima todas as suas possibilidades, o que ocorre nos casos de perda das chances na seara médica. Nesses casos, alargar-se-ia a concepção clássica de causalidade da causalidade jurídica.

Posteriormente, passa-se ao estudo das chances perdidas como uma nova concepção de dano. A defesa da teoria é realizada com base na afirmativa de que dano e nexo podem ser comprovados de maneira indireta.

Ainda no capítulo três, buscar-se-á efetuar uma concatenação das ideias principais dos autores escolhidos como teoria de base para este trabalho de concussão de curso: Rafael Peteffi da Silva, Fernando Noronha e Daniel Amaral Carnaúba.

O último capítulo do desenvolvimento desta monografia visa desvendar qual é o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza jurídica das chances perdidas e algumas decisões de Tribunais Estaduais.

A opção exposta tem como justificativa a enorme quantidade de detalhes sobre o tema, o qual merece um estudo mais aprofundado e direcionado para essa questão. Isso principalmente no que tange a questão jurisprudencial, em razão dos tribunais estaduais pouco debaterem sobre o assunto de maneira clara.

O método adotado na pesquisa é o dedutivo, sendo que a temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica e pesquisa documental.

Por fim, a pesquisa será encerrada com as conclusões finais, nas quais serão apresentadas as conclusões vislumbradas sobre o tema escolhido.

## **2. ASPECTOS GERAIS DA PERDA DE UMA CHANCE**

Para uma compreensão mais aprofundada acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, este capítulo visa elucidar e introduzir as temáticas recorrentes que circundam o objeto do estudo.

Propõe-se, pois, iniciar com alguns aspectos introdutórios. Posteriormente, será realizada uma análise quanto ao seu conceito, pormenorizando os aspectos centrais da teoria e classificações.

Por fim, realizar-se-á uma breve síntese histórica da perda da chance, delineando seus principais aspectos e o ingresso no ordenamento jurídico pátrio.

### **2.1 Aspectos Introdutórios**

Antes de se adentrar a teoria da perda de uma chance e conceituá-la de forma mais profunda, optou-se por, neste tópico, descrever o marco teórico no qual a teoria está inserida.

Historicamente, é possível afirmar-se que até o século XIX existia um viés patrimonialista e individualista, o qual relacionava a responsabilidade civil a reparação de danos patrimoniais certos e tangíveis. Com a evolução social, emerge um novo padrão: o padrão solidarista. A nova roupagem do Direito Civil, no sistema pátrio, muito se deve aos conceitos de dignidade da pessoa humana e outros tantos emanados da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ricardo Aronne (2006, p. 41) explica que com estes novos aspectos expurga-se “do sistema cível aquela visão extremamente patrimonialista, sua marca registrada até bem pouco tempo atrás”.

A evolução social possibilitou a modificação de elementos essenciais da responsabilidade, como, por exemplo, a culpa. Com isso, aqueles danos que não seriam indenizáveis, porque estavam permeados de incertezas, intangibilidades ou eram designados como puramente emocionais, passaram a ser plenamente aptos a ensejar uma indenização. Registre-se que é possível afirmar que nos últimos cinquenta anos, todos os ramos científicos passaram a reconhecer o caráter de incertezas e imponderabilidades (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 73).

Dessa forma, consoante os ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 09), a ciência jurídica possui um viés permeado de “complexos e probabilísticos conflitos sociais”, sendo obrigada a reconhecer a incerteza como uma variável imprescindível as soluções



jurídicas. Este panorama, por meio de evidências estatísticas e avaliações, viabilizou a reparação de danos até então suportados tão somente pela própria vítima.

A partir do século XIX, o mundo foi sofrendo diversas modificações sob o ponto de vista ideológico, econômico e social, o que, concomitantemente, modificou o modo como se vislumbrava a teoria geral da responsabilidade civil. Fernando Noronha (2013, p. 540) explica que houve uma inversão do eixo desse ramo jurídico. Se antes desse avanço o foco estava em condenar o culpado, posteriormente passou a ser a reparação da vítima. Como consequência nítida deste fenômeno, o autor sustenta que se observou uma maior abrangência de reparação para toda a sociedade.

Daniel Amaral Carnaúba salienta que toda e qualquer reparação se relaciona a um afastamento entre uma situação prescrita e uma situação real. Nas situações em que a reparação se faz necessária, haveria um desvio entre uma conjuntura na qual a vítima está de fato e aquela em que ela deveria estar, caso o evento danoso não tivesse sido verificado. Explanando acerca dos ensinamentos de René Savatier, Carnaúba aponta que a função da responsabilidade é de reconstituir o equilíbrio, o qual fora desregulado pelo dano. Desse modo, a realidade existente entre situações é tanto uma condição, quanto uma medida da indenização (CARNAÚBA, 2013, p. 47).

Verificou-se um alargamento nas possibilidades que permeiam a responsabilidade civil, garantindo-se a vítima maiores perspectivas de indenização. A noção clássica da responsabilidade civil, portanto, já não satisfazia aos anseios sociais buscados pela população o que provoca uma ruptura na visão puramente patrimonial do instituto.

Analisando-se esse cenário, começa a emergir a Teoria da Perda de uma Chance, como fruto de uma construção jurisprudencial (LEITÃO, 2016, p. 22). O conceito da teoria será melhor elucidado no item 2.2 da presente pesquisa, no entanto, para fins didáticos delineia-se abaixo uma breve conceituação descrita por Leitão (2016, p.08):

A perda de chance (perte d'une chance, perda de oportunidade, loss of a chance, perdita di chance) traduz-se na privação da possibilidade de obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, sem que se saiba se a vantagem a obter ou o prejuízo a evitar se concretizariam se a chance não se tivesse perdido.

O autor supracitado (2016, p. 22) assevera que a teoria da perda de uma chance não está relacionada a socialização do risco ou a responsabilidade extracontratual objetiva. O autor afirma que o instituto é proveniente das “exigências que decorriam de sua aplicação prática”.

Assim, aduz que em ocasiões nas quais eram perceptíveis o dano e o ato antijurídico que o potencializou, não obstante haver um grau de incerteza quanto ao nexo de causalidade, deixou-se de se tolher da vítima o seu direito de reparação.

Interessante o posicionamento de Carnaúba (2013, p. 47) a respeito do paradoxo no qual se encontra o magistrado frente as incertezas, nos casos de perda das chances:

[...] o juiz se encontra, assim, diante de um paradoxo: ele está legalmente compelido a determinar quais são as consequências concretas da conduta do réu, embora seja precisamente essa conduta que o impeça de traçar qualquer prognóstico **A verdade é que a privação de chances expõe as insuficiências da norma jurídica.** Foljada para regular os setores em que a realidade é dominada pela ação humana, **a regra jurídica se mostra incapaz de regular o que está além desse controle.** Ao criar uma incerteza, a conduta do réu subverte os fundamentos da norma e escapa ao seu campo de aplicação. **(Sem grifos no original)**

Para uma melhor compreensão da teoria, é pertinente mencionar um dos exemplos elucidados apresentado por Peteffi da Silva (2009, p. 10). O doutrinador analisa o caso de um famoso peão de rodeio, o qual não pode participar da fase final de uma competição em virtude da falta de pagamento de sua inscrição pelo seu agente. Peteffi da Silva descreve diversos fatores aleatórios que poderiam desencadear a perda da vantagem ao peão relegando o dano ao acaso, ficando a vítima sem reparação<sup>1</sup>. Entretanto, ao se observar a conjuntura fática em questão de maneira probabilística e estatística, criou-se uma nova categoria de dano indenizável, que foi a das chances perdidas.

Conforme se depreenderá no item 2.3, o Direito Francês foi pioneiro na temática relativa a perda de uma chance<sup>2</sup>. Os exemplos clássicos, rememorados por Peteffi da Silva, giram em torno da perda de uma chance em casos de jogos de azar, como no caso em que o cavalo de corrida perde a chance de participar do torneio, em razão da falta de inscrição na disputa, ou da perda da chance em matéria contenciosa, como na situação em que o advogado perde de maneira negligente um prazo recursal. Contudo, antes de se adentrar nessa seara, insta salientar uma base conceitual da teoria.

---

<sup>1</sup> O autor cita, por exemplo, a habilidade dos outros competidores e a complexidade da prova. Fato é, passando-se a uma análise hipotética haveria tanto chances de vitória, quanto chances de derrota. Peteffi da Silva, citando Alain Bénabent (1973, p. 129), atribui ao estudo hipotético a criação de “leis do acaso”, viabilizando a reparação das chances perdidas.

<sup>2</sup> Fernando Noronha explica que na França, país onde nasceu a teoria, o trabalho primordial foi realizado jurisprudencialmente, em razão necessidade prática sentida pelos magistrados. Para Noronha foi assim que se começou a falar em perda das chances, aumentando-se progressivamente os casos acobertados pela teoria. Diante disso, restou a doutrina ora censurar, ora aplaudir a perda das chances, contudo sem uniformidade de pontos de vistas. (NORONHA, 2013, p. 706)

Nesse feito, passa-se ao estudo conceitual do tema.

## **2.2 Conceito**

Tendo-se em vista que a problemática central da presente pesquisa, a compreensão de qual é a natureza jurídica da perda das chances, antes mesmo de demarcar conceitualmente a teoria, é imprescindível para compreensão do termo chance.

Para Fernando Noronha (2013, p. 696), a chance se caracteriza quando se está diante de processo em curso, mas que frente a determinadas situações interrompem-no, tolhendo de alguém a chance da obtenção futura de algum benefício ou frustram-lhe a oportunidade de se evitar um prejuízo. Assevera-se que em ambas as situações se relacionam a um momento do passado, no qual era possível a aferição do resultado desejado.

O autor destaca que a oposição entre a situação original passada e a situação danosa presente, na qual um fato antijurídico interrompeu o processo aniquilando oportunidades, configura-se no dano final. Já o dano pela perda das chances se situa no limiar entre a circunstância passada e a de uma hipótese vantajosa no futuro (NORONHA, 2013, p. 696).

Vislumbra-se da expressão utilizada por Noronha (2013, p. 697) de que o dano pela perda das chances relaciona-se à perda de uma “hipótese vantajosa no futuro”. A responsabilidade civil pela sua perda circunda um terreno no qual há diversas - ou ao menos mais de uma - possibilidades de geração do dano final. Não se sabe, então, como se determinar qual a causa efetiva do prejuízo.

O entendimento de Noronha, neste aspecto, se coaduna com o de Mota Pinto (2016, p.07) que também compreende como chance, em sentido lato, como a possibilidade de se auferir um benefício ou de se furtar de um prejuízo. O autor ressalta que (2016, p.07) a chance seria capaz de influenciar o valor de bens pessoais e patrimoniais, porém sem se dissociar de maneira autônoma dos próprios bens. Assim, seriam uma situação “económica não autónoma dos elementos que integram o património ou a esfera jurídica do seu titular, e que não pode ser negociada autonomamente”

Noronha (2013, p. 697-698) explana ser inegável a atribuição de valoração jurídica as chances, uma vez que elas possuem um valor real. Isso porque é certo que uma oportunidade restou infrutífera diante do ato antijurídico propagado pelo réu. O autor destaca, ainda, que o dano terá um valor determinável, mas que pode ser econômico ou não.

Citando Rute Teixeira Pedro, António Pedro Santos Leitão (LEITÃO, 2016, p. 35) enumera características gerais para as chances. Dispõe que as chances são neutras e aleatórias, autônomas e atuais. O pesquisador alerta que a neutralidade e aleatoriedade são provenientes do fato de que ela ainda não se perfectibilizou. Diante disso, as chances ficam no terreno da incerteza em um âmbito hipotético, ou seja, enquanto elas não se materializaram, não são possíveis as prever. Por sua vez, afirmar que as chances são autônomas e atuais significa dizer que as chances são autônomas em relação processo causal, isto é, haverá a ocorrência de um resultado final e a chance de materializará de forma autônoma. O autor ainda cita (LEITÃO, 2016, p.36) que “a chance representa não uma vantagem possível, mas uma possibilidade de vantagem”.

Com o intuito de delinear com mais clareza, Leitão (LEITÃO, 2016, p. 36) determina que a depender da teoria utilizada para configurar a perda de uma chance, ela irá influenciar o fato e, por conseguinte, a indenização devida:

Assim, e só assim, a ‘possibilidade de vantagem’ que a chance representa pode ser vista ou como existente na esfera jurídica do lesado, sendo passível de sofrer uma lesão e, por conseguinte, ser essa lesão sancionada pelo Direito, pois que é autonomizável relativamente ao dano final sofrido e ao restante do processo causal (hipotético ou concretizado), **sendo por isso considerada como um dano autónomo**, e por isso, autonomamente indemnizável; **ou como realidade à qual se pode referir o dano final, de modo a calcular probabilisticamente qual a influência que o facto pode ter tido na sua produção e conceder uma indemnização com base numa causalidade proporcional – irá depender da teoria utilizada para aplicar a figura da perda de chance.** (Sem grifos no original).

Leitão (2016, p. 38) ainda considera estas características indissociáveis, assim, independentemente da teoria aplicada no que se refere a natureza jurídica da perda da chances, as chances serão sempre autônomas e atuais, bem como neutras e aleatórias.

No mesmo âmbito, Noronha (2013, p. 697) aduz que na responsabilidade pela perda de chances, uma das possíveis causas do dano final é o fato antijurídico, seja por ter frustrado uma vantagem ou não ter interrompido o processo prejudicial. Assim, existem diversas causas que poderiam ensejar o dano final, mas não se sabe exatamente qual foi a causadora efetiva.

Diante das diversas causas que podem atuar num processo prejudicial, consoante exposto, pode-se concluir que a perda da chance está intrinsecamente relacionada à certeza. Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 13) delineia que o prejuízo causado pode ser estatisticamente calculado para a definição da indenização devida, consoante se expõe:



A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza. (PETEFFI DA SILVA, 2009, pg. 13)

É diante da análise do exposto acima que tradicionalmente para se falar em indenização, é necessário que o dano a ser ressarcido seja certo.

Carnaúba (2013, p. 51) explica que a certeza é um elemento que compõe a estrutura do prejuízo. Dessa forma, ela não é dele um requisito nem uma mera qualidade, mas sua parte integrante, a qual auxilia a compreensão de prejuízo, sob uma perspectiva jurídica. Destarte, prejuízo seria uma lesão a interesse da vítima, consoante análise do autor supracitado.

De todo o modo, não se pode afirmar que certeza é um perecimento do *status quo* anterior da vítima. Carnaúba (2013, p. 52) explica que nem todo o decaimento lesiona um interesse do ofendido. Citando Le Torneau, o doutrinador fornece um exemplo bastante elucidativo: um acidente entre um caminhão com um prédio que estaria prestes a ser demolido. No caso, a perda é lógica, mas não há lesão ou declínio do *status quo* anterior, tendo-se em vista a situação na qual o bem se encontrava.

A lesão se converte em uma abstração, distanciando-se do dano físico e se aproximando de uma “concepção econômica de perda”. Carnaúba (2013, p. 53) aponta que isso é chamado de custo de oportunidade, ou seja, também se considera uma lesão o não auferimento de uma vantagem. Nesse feito, a lesão deve ser considerada certa todas as vezes em que se consubstancia na ideia de que a vítima poderia se encontrar em uma posição mais vantajosa se não fosse a conduta do réu.

Observa-se um desequilíbrio entre dois parâmetros: a situação real e a situação hipotética. Enquanto, conforme detalha Carnaúba (2013, p. 53) a primeira se relaciona a uma situação real, fatural, na qual a vítima se encontra após o dano a ela imputado, a segunda se liga a situação hipotética, contrafatural, de como ela estaria sem que a conduta do réu tivesse lhe afetado.

Tratando-se de perda das chances o parâmetro fatural é nítido: a vítima não garantiu a vantagem esperada. Todavia, o parâmetro contrafatural não é, pois não se sabe se sem a conduta do réu o resultado desejado seria ou não alcançado. Por essa razão, Carnaúba sustenta que “*a fortiori, a perda do resultado aleatório desejado jamais constituirá um prejuízo certo sob o ponto de vista jurídico*”. O autor, no entanto, menciona que há autores, como Jackes Boré, que

acreditam que é possível considerar como um prejuízo certo, a não obtenção de um resultado desejado; e ainda outros, como Savatier, que denotam que isso ocorra apenas nas situações ligadas a perda das chances na seara médica e não nos demais casos de perda de chance (CARNAÚBA, 2013, p.55).

De todo modo, tratando-se de perda das chances a temática gira em torno das probabilidades, uma vez que não se pode afirmar com certeza a hipótese que teria se vislumbrado, caso o ato jurídico não tivesse se verificado. De outro viés, também não é possível afastar da responsabilidade civil o ato ilícito implementado pelo agente. Dessa forma, consoante exposição de Noronha (2013, p. 696) face as incertezas, o lesado deve invocar a perda das chances ou oportunidades, as quais poderiam ter se perfectibilizado não fosse o fato antijurídico, mas com um resultado final indeterminado.

Noronha (2013, p. 696) explica que o grau de probabilidade é importante para a fixação do valor da indenização, observando-se elementos a serem projetados a um momento futuro em contraposição a um momento inicial. Como já mencionado, o dano final fica demonstrado da perspectiva da situação atual danosa e da passada (original). Já o dano pela perda de uma chance relaciona a situação passada (original) com a situação hipotética que é mais vantajosa.

O grau de probabilidade entre o fato antijurídico que interrompeu o processo aleatório e o dano final determinará o quantum indenizatório do valor da chance. Frisa-se que ele deve ser, porém, inferior a 100% (cem por cento). Fernando Noronha (2013, 700-701) assevera que se o montante da reparação fosse esse, estar-se-ia diante de um caso em que há certeza do dano final.

Diferentemente delineia Sérgio Savi. Para este autor, caso a vantagem não supere a proporção de 50% (cinquenta por cento) o pedido deverá ser automaticamente julgado improcedente pelo magistrado, sob o fundamento de que não ficou provado a existência do dano (SAVI, 2006, p. 102).

Noronha (2013, p.700-701) discorda desses pensadores, afirmando ser a máxima proveniente da regra do “tudo ou nada” existente em países da *commom law*. Nesses países adota-se a teoria “*more likely than not*”, considerando-se o fato provado se houver mais de 50% de chances da proposição ser verdadeira.

O autor narra, todavia, que em determinadas situações não é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance. Isso ocorre, por exemplo quando, ao se aplicar a teoria da causalidade adequada, pudesse se apontar que o dano final é consequência única do ato ilícito. Nessa hipótese, claro está o dever indenizatório, não havendo falar em perda da chance. Outra

situação vislumbra-se quando se puder perceber que o dano final nunca teria acontecido, mesmo não tendo ocorrido o fato antijurídico, ou, ainda, se o dano final era impossível de ocorrer (NORONHA, 2013, p. 696).

Petteffi da Silva (2009, p. 19) explica que é inviável a reparação do dano final, ou seja o valor total da vantagem esperada, em razão da falta de causalidade necessária. Isso porque o desaparecimento das vantagens está ligado a diversas externalidades que permeiam o liame causal. Nesse feito, faltaria uma *conditio sine qua non* intrínseca ao dano final, que é o que faz a vítima, justamente postular pela perda de uma chance.

No entanto, Petteffi da Silva (2009, p. 20) narra que com o passar do tempo foi se aumentando a noção da causalidade alternativa, acarretando em alguns casos na indenização do dano final. Essa, no Brasil, foi se sedimentando na responsabilidade civil dos grupos, na qual ocorre uma presunção de causalidade para a vítima, conferindo-lhe a indenização.

Esta ideia também é aplicada na jurisprudência americana sob a denominação de “fator substancial”, ensejando a vítima a indenização pelo dano final.

Em contrapartida, conforme bem delineado por Petteffi da Silva (2009, p.21) há doutrinadores que defendem a causalidade parcial, e entendem que a perda da chance não seria um dano autônomo, e, que a reparação só poderia ser concedida aplicando-a. Jacques Boré e John Makdisi foram os percursores dessa corrente.

Registre-se que as teorias que permeiam a evolução do conceito de nexo de causalidade são primordiais para a análise da natureza jurídica sob a perspectiva da causalidade alternativa da perda de uma chance, sendo assim, serão pormenorizadas no terceiro capítulo deste trabalho. Da mesma forma como serão melhor delineados os conceitos de dano, para os defensores da natureza jurídica de dano autônomo da perda das chances.

## 2.3 Síntese Histórica

Mota Pinto (2016, p. 07) narra que a doutrina da “*perte d’une chance*” teve início no direito francês. Relata que foi uma criação pretoriana, em um acórdão da Corte de Cassação Francesa, em que foi possibilitado a indenização pela perda da chance de se prosseguir com um processo judicial contra um oficial de justiça, o qual em razão de seu ato ilícito, inviabilizou a obtenção da procedência de uma causa, em 17 de Julho de 1889.

Aos poucos a ideia da perda da chance foi aumentando seu domínio de aplicação, segundo a doutrina de Pinto (2016, p. 07), fazendo com que a jurisprudência francesa tenha

admitido a perda de chance em situações como “*jogos de azar ou competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de actividade científica ou comercial ou o acesso a determinadas funções*”. Em todos esses casos é possível se afirmar que há uma incerteza que não pode ser eliminada e que permeia toda a situação em que o sujeito estaria, senão fosse verificado o fato antijurídico.

Leitão explana (2016, p.24) que os casos de perda da chance de sobrevivência ou cura foram onde se deu a maior controvérsia da aplicação da teoria. Inclusive, a primeira aparição da teoria foi em um caso em que um técnico radiologista deixou de detectar uma fratura no pulso de um indivíduo, fazendo com que anos depois o pulso se partisse novamente, inviabilizando as chances totais de cura. O autor afirma que casos como estes foram alvos de duras críticas. Isso porque houve uma dilação da causalidade, possibilitando ao magistrado, em situações nas quais o nexo de causalidade pairava incerto, uma indenização parcial, amparada em juízo de causalidade parcial. Em situações como esta, o juiz faria um juízo de probabilidade acerca da efetiva capacidade de o fato em análise ensejar o dano.

O autor (2016, p.24) ainda explica que ainda antes disso, a teoria da perda de uma chance já se propagava em países da *Common Law*.

O *leading case* Inglês foi o de *Chaplin versus Hick* em 1911. A candidata reclamou a perda da chance em razão do fato de nunca ter sido convocada para se apresentar perante o júri em um concurso de beleza, ainda que fosse uma das 50 (cinquenta) finalistas. Baseada no inadimplemento contratual invocou a *loss of a chance*, em função de nunca ter sido a ela viabilizada a possibilidade de ganhar um dos 12 (doze) prêmios existentes. A candidata venceu a demanda. O escritor Leitão afirma (2016, p.24), porém, que a jurisprudência inglesa se comporta de maneira diferente quando o assunto é responsabilidade civil médica.

Inverso é o entendimento jurisprudencial Estadunidense, o qual aplica a teoria da perda de uma chance em casos de responsabilidade civil médica. No *leading case*, *Hick versus United States*, uma paciente faleceu em virtude de um erro de diagnóstico, sendo o erro médico crucial para a autora perder as chances de sobrevivência da doença sofrida. Ressalte-se que a negligência médica não foi responsável pela morte da paciente, mas a conduta clínica retirou as chances da paciente sobreviver a doença (LEITÃO, 2016, pg. 25).

Nos Estados Unidos, a Teoria da Perda de uma Chance fragmenta o padrão “tudo ou nada” (*all or nothing rule*) com vistas a uma facilitação no nível probatório (*standard of proof*) exigido para a configuração do nexo de causalidade. Assim, em situações em que a vítima não consegue garantir uma certeza (*actual certainty*), aplica-se um nível probatório menos



exigente, bastando que o seja “mais provável do que não” (*more likely than not ou preponderance of evidence*) ou o fator substancial (*substantial possibility standard of proof*) consoante dispõe Leitão (2016, p. 26), tema este que será analisado terceiro capítulo desta pesquisa.

Leitão (2016, pg. 26) explica que a teoria da perda de uma chance no direito italiano é aplicada nas mais diferentes áreas. Todavia, desde 1980 é muito utilizada no direito do trabalho, nos casos em que os trabalhadores perdem a chance de progredir profissionalmente.

No ordenamento jurídico espanhol, a perda das chances começou a ser aplicada no final da década de oitenta. É utilizada como um instrumento mitigador do nexo de causalidade nos casos em que há alta dificuldade probatória e muito aplicada no contencioso administrativo e na responsabilidade civil dos profissionais legais. Por sua vez, no caso de responsabilidade civil médica não se utiliza a teoria para a quantificação do dano indenizável, perante o entendimento de Leitão (2016, p. 26).

Mota Pinto (2016, p. 09) denota que o ponto de vista mais propagado, e, que se coaduna com posição predominante no direito alemão da responsabilidade médica, é a inversão do ônus da prova e a facilitação do nexo de causalidade. Desse modo, em casos médicos nos quais se vislumbram negligência grosseira, inverte-se o ônus da prova ou se facilita a prova da causalidade entre o evento danoso e o dano, mas com a manutenção da alternativa negativa ou positiva total da responsabilidade.

O autor português, no entanto, ressalta que isso não afasta por completo a aplicação da máxima do “tudo ou nada”, contudo é um instrumento possibilitador do ressarcimento a vítima. Assim, solucionaria casos no quais se percebesse que o evento danoso retirou da vítima a possibilidade de se auferir uma vantagem, ou resultado mais favorável, ou ainda aumentou as chances de ela sofrer um prejuízo (PINTO, 2016, p. 09).

Noronha afirma que inicialmente no Brasil a aplicação das chances perdidas era praticamente desconhecida: praticamente não observada pelos advogados e raramente reconhecida pelos juízes. Foi no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu o ingresso da teoria da perda das chances, de relatoria do até então professor e desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Noronha acredita que isso se deu por influência de uma conferência de François Chabas na URGs, em maio de 1990. Ruy Rosado de Aguiar foi o primeiro a defender a aplicação da perda de uma chance no Superior Tribunal de Justiça, em que pese seu voto ter ficado vencido (NORONHA, 2013, p. 705)

Petteffi da Silva explica que o ingresso da teoria no ordenamento jurídico brasileiro foi bastante diferente. Isso ocorreu porque o tratamento da temática observado da perspectiva de um sistema é recente. Assim, existiram decisões que aplicaram a teoria da perda da chance sem delimitarem um mecanismo. O autor (2009, p. 14) explica que não se compreendeu que os casos pudessem ou deveriam estar contidos em uma “categoria geral de aplicação: a teoria da responsabilidade pela perda da chance”.

Pela razão supracitada, a matéria não foi tratada de modo sistemático e nem forneceu uma teoria geral acerca do instituto. O autor supracitado (2009, p. 189) denota que se observado, contudo, os sistemas estrangeiros é possível uma utilização como um modelo de inspiração, para se engendrar um sistema próprio ressaltando as particularidades e a realidade socioeconômica subjacente.

Petteffi da Silva (2009, p. 189) denota que o atual estágio das chances perdidas no ordenamento pátrio vem crescendo, principalmente no âmbito doutrinário. Sob a ótica jurisprudencial o autor explica que a teoria não se encontra totalmente consolidada o que gera algumas inequidades. Desse modo, é perceptível que a teoria possui características próprias o que a afasta da sistemática tradicional.

Noronha aponta que a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi aprofundada com os trabalhos acadêmicos de Novais Dias, no ano de 1999, quem discorreu acerca da responsabilidade civil do advogado e de Rafael Petteffi da Silva, em 2001, quem tratou com maior profundidade a utilização da teoria no direito francês (NORONHA, 2013, p. 706). Embora não mencionado por Noronha, é possível citar, ainda, a dissertação de mestrado de Sérgio Savi, em maio de 2004, a qual foi publicada como livro pela editora Atlas, no ano de 2006.

Fernando Noronha frisa que autores clássicos como Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra no ano de 1996, não creditava valor jurídico a perda das chances, delineando que aceitá-la seria aceitar a tese de dano hipotético (NORONHA, 2013, p. 706).

Ressalte-se, que os artigos 159 e 1.060 do diploma civilista de 1916, repetidos pelos artigos 186 e 403 do Código Civil de 2002, exigem um dano efetivo e presente, o que levou diversos autores a crerem, que o dano pela perda de uma chance se aproximava de danos hipotéticos ou eventuais, os quais não dão azo a reparação civil.

Isso ocorre em virtude de eles serem considerados como meras esperanças subjetivas, e, ainda que prováveis não são possíveis de quantificação. O REsp nº 1.660.167, de relatoria

de Nancy Andrichi, julgado em 25.04.2017, delineia uma situação em que a relatora fundamentou seu entendimento na não possibilidade de reparação de danos hipotéticos:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA. DESLOCAMENTO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. REVISÃO DO VALOR DA COMPENSAÇÃO. RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação de compensação por dano moral ajuizada em 09.10.2014. Recurso especial concluso ao gabinete em 30.11.2016. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal é aferir se o valor arbitrado a título de compensação por dano moral, pela recusa do plano de saúde em deslocar o recorrente ao hospital em situação de emergência, é irrisório. 3. Rever o entendimento do TJ/RJ, quanto à falha na prestação do serviço pela recorrida, exige o revolvimento de fatos e provas, circunstância vedada nesta Corte pela Súmula 7/STJ. 4. **É clara a necessidade de se arbitrar valor proporcional e estritamente adequado à compensação do prejuízo extrapatrimonial sofrido e ao desestímulo de práticas lesivas. Por outro ângulo, a compensação financeira arbitrada não pode representar enriquecimento sem causa da vítima.** 5. Os critérios de julgamento que balizam a fixação da compensação do dano moral, quais sejam, assegurar ao lesado a justa reparação, sem incorrer em seu enriquecimento sem causa, autorizam o Superior Tribunal de Justiça a reapreciar o quantum debeatur, quando manifestamente excessivo ou irrisório (REsp 1.365.540/DF, 2ª Seção, DJe de 05/05/2014). 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.660.167 / RJ. Recorrente: Rodrigo Ferreira de Souza. Recorrido: Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Relator: Nancy Andrichi, julgado em 25.04.2017) **(Grifou-se)**

No caso em análise, um policial sofreu um acidente de trânsito e ao ser levado para um hospital nas proximidades, foi solicitada a sua transferência para um centro especializado. Todavia, isso foi inviabilizado pela operadora do plano de saúde, que informou a ausência de ambulâncias e de um neurocirurgião. Em razão disso a vítima fora levada para o Hospital da Polícia Militar. A vítima postulava para que o risco das sequelas permanentes serem levadas em consideração para o aferimento do dano moral. Contudo, a relatora Nancy Andrichi delineou que este seria um dano hipotético não quantificável, desprovendo o recurso.

Fato é que quando se trata de dano pela perda das chances, atualmente, a produção jurisprudencial é farta, caracterizando-o como um dano certo, real e atual, envolvido dentro de um critério de probabilidade e não de possibilidade. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE

COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...] III - A chamada "**teoria da perda da chance**", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, **aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável**; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver **mera possibilidade** de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo **inadmissível**, pois, a responsabilização do médico com base na **aplicação da "teoria da perda da chance"**; V - Recurso especial provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1104665 / RS. Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes Dos Santos. Relator: Massami Uyeda, julgado em 09.06.2009) (**Grifou-se**)

Sobre o tema, inclusive, fora aprovado, há alguns anos, o enunciado nº 444, na 5ª Jornada de Direito Civil, proposto por Peteffi da Silva e transcrito abaixo:

A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita a categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. **A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (grifou-se)**

O quadro comparativo abaixo, ilustra a diferença entre o dano pela perda da chance e o dano hipotético. Tal distinção foi essencial para o ressarcimento do dano causado pela perda da chance, o qual fora reconhecido com a construção histórica, doutrinária e jurisprudencial.

**Figura 1** – Distinção entre o dano relativo à chance perdida e danos hipotéticos

<b>Dano pela perda de uma chance</b>	<b>Dano hipotético</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certos;</li> <li>• Atual;</li> <li>• Real;</li> <li>• Provável;</li> <li>• São indenizáveis.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• São simples esperanças subjetivas;</li> <li>• Imensuráveis;</li> <li>• Nunca poderão ser objeto de reparação civil.</li> </ul>

**Fonte:** Elaboração própria a partir dos ensinamentos de Noronha (2013, p. 701/702) e Peteffi da Silva (2009, p. 134).

Ocorre que não obstante a evolução doutrinária e jurisprudencial, no que se refere a aceitação da perda de uma chance no ordenamento jurídico pátrio, a sua natureza jurídica ainda é pouco explorada. Dessa forma, passa-se ao terceiro capítulo da presente pesquisa, que visa pormenorizar os aspectos centrais da natureza jurídica do instituto.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DA CHANCE

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 75-76) expõe que investigar a natureza de um fenômeno pressupõe a constatação de sua definição (observando-se a sua essência e composição), bem como defrontar-se com a sua classificação (comparação com fenômenos semelhantes). O autor explica que se unindo definição e comparação, compreende-se basicamente a noção de natureza.

Quando o exame realizado é sobre a natureza jurídica de um determinado instituto, averigua-se quais elementos são fundamentais para a sua composição, confrontando-se com um conjunto semelhante de figuras jurídicas diversas. Portanto, segundo Delgado, encontrar a natureza jurídica de um instituto é classificá-lo conforme o “universo de figuras existentes no Direito”. Seria uma atividade lógica de classificação, por meio da identificação de elementos constitutivos fundamentais (DELGADO, 2017, p. 76).

Ao se tratar da análise da natureza jurídica da perda das chances é imprescindível uma maior compreensão acerca das teorias que circundam o nexo de causalidade, como também as que rodeiam o dano. Isso porque a maior parte dos doutrinadores enquadra a teoria nesses dois ângulos<sup>3</sup>.

Desse modo, inicialmente, visa-se elucidar as teorias tradicionais da causalidade (equivalência das condições, causalidade adequada e causalidade direta e imediata) e, posteriormente, as que observam o nexo de causalidade de forma alternativa (causalidade parcial).

Posteriormente, pretende-se compreender a temática central recorrente ao dano. A ocorrência do dano é uma imposição para o dever de reparação, sem ele o ato ilícito não gera relevância para a responsabilidade civil, consoante dispõe Stoco (2009, p. 113). Dessa forma, tendo em vista que doutrinadores como Fernando Noronha acreditam ter a chances perdidas natureza jurídica de dano autônomo, busca-se abordar as características que cingem a perda das chances como tal.

Subsequentemente, analisa-se a doutrina majoritária francesa que distingue a perda das chances clássicas, da perda das chances na seara médica. Será compreendido em qual das situações o processo aleatório foi até o final ou não. Dessa forma, constatar-se-á em qual

---

<sup>3</sup> Autores como Fernando Noronha, Joseph King Jr. e George Durry sustentam que a natureza jurídica das chances perdidas estaria relacionada ao conceito de dano autônomo, ao passo que autores como Jackes Boré, Jonh Makdsi e António Malta Pinto a relacionam ao alargamento do nexo de causalidade.

categoria a natureza jurídica estaria atrelada a um conceito pouco ortodoxo de nexo causal e em qual situação o conceito estaria relacionado a um dano autônomo<sup>4</sup>.

Com os conceitos de dano autônomo e nexo de causalidade bem sedimentados, busca-se concatenar as ideias de Rafael Peteffi da Silva, quem acredita que a natureza jurídica das chances possa assumir ora papel nexo causal, ora papel de dano autônomo e Fernando Noronha, que acredita que essa está sempre relacionada ao conceito de dano autônomo. Além desses, observar-se-á, também, o panorama exposto por Daniel Amaral Carnaúba, o qual denota que em casos de perda de uma chance, o nexo de causalidade nunca restará configurado.

### **3.1 Perda de uma chance como alargamento do nexo de causalidade**

Silvio Venosa (2003, p. 39) conceitua nexo de causalidade como o “liame que une a conduta do agente ao dano”. Através dele se depreende aquele que foi o verdadeiro causador do dano. Venosa acrescenta que não obstante a responsabilidade civil objetiva afastar a culpa, o nexo de causalidade sempre deverá restar configurado.

Sendo assim, em qualquer tipo de responsabilidade o liame causal deve estar presente. É por isso que Flávio Cabral Fialho Pereira discorda do conceito de nexo de causalidade estabelecido por César Fiuza que o define como relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano provocado pelo agente (FIUZA. 2008, p. 723 apud PEREIRA, 2014, p. 155). Com este conceito, Flávio Pereira denota que César Fiuza deixa de contemplar as hipóteses de responsabilidade objetiva, ou seja, que prescindem de culpa, e que ainda assim necessitam do nexo de causalidade. Verifica-se, pois, que o conceito delineado por Venosa é mais completo e estará intrinsecamente relacionado a noção tradicional de responsabilidade civil, na qual o nexo deve estar bem delineado.

Interessante a lição de Sérgio Cavalieri Filho de que o nexo causal não é um conceito exclusivamente jurídico, mas decorrente da noção de causa e efeito entre a conduta e o resultado. Juridicamente, é possível se afirmar que o nexo de causalidade é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. Através dele é possível se identificar quem foi o causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 46).

Diante disso, parte-se para a análise das teorias que embasam o nexo de causalidade.

---

<sup>4</sup> Em França, René Savatier e Jean Penneau realizaram essa separação. Rafael Peteffi da Silva também divide os casos em que o processo aleatório foi até o seu momento derradeiro e casos em que o processo foi totalmente interrompido pela conduta do réu.



### 3.1.1 Teoria da Equivalência das Condições

Petteffi da Silva (2009, p. 21) aponta que para a equivalência de condições, um ato só será considerado como causa se representar uma *conditio sine qua non*, isto é, uma condição necessária. Com isso, surgem diversas causas para o mesmo dano, o que, de certo modo, favorece a vítima. Esse favorecimento se dá em função de haver diversos sujeitos imputáveis em toda a cadeia causal.

Sua análise é imprescindível para a compressão das teorias subsequentes, mas, como se verá, a aplicação da teoria de forma isolada encontra-se superada.

Examinando a teoria, Rogério Greco (2014, p. 226) denota que é possível a aplicação do método do “Processo Hipotético de Eliminação” de autoria do professor Sueco Thyren. Tal método possui três etapas, sendo elas:

- 1º) temos que pensar no fato que entendemos como influenciador do resultado;
- 2º) devemos suprimir mentalmente esse fato da cadeia causal;
- 3º) se, como consequência dessa supressão mental, o resultado vier a se modificar, é sinal de que o fato suprimido mentalmente deve ser considerado como causa deste resultado.

Cavaleri Filho (2009, p. 47) criticando a teoria, explana que ela não distingue as causas das condições. Assim, todas as condições que concorrem em um determinado evento danoso têm a mesma relevância, não se questionando qual foi a mais importante para o resultado.

Assim, salienta Gustavo Tepedino, que tendo o dano diversas concausas, algumas absolutamente remotas, a teoria foi sendo abandonada pela doutrina e pela jurisprudência pátria, mencionando que da sua aplicação se poderia responsabilizar todo o homem pelos males da humanidade (TEPEDINO, 2002, p. 9).

Da mesma forma, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 359-360) indica que esta teoria poderia levar a diversos absurdos, exemplificativamente, evidencia que não se pode assumir que o nascimento de uma pessoa seja considerado uma causa para o acidente vítima, embora possa ser apontado como uma condição *sine qua non* do evento.

### 3.1.2 Teoria da Causalidade Adequada

Petteffi da Silva (2009, p. 23) explica que tanto a Teoria da Equivalência de Condições, quanto a Teoria da Causalidade Adequada se constituem em *conditios sine qua non*. Entretanto,

nessa, não basta que o ato antijurídico seja condição *sine qua non* do prejuízo, ele deve constituir *in abstracto*, uma causa para o dano.

Nesse feito, também, consoante análise de Cavalieri Filho (2009, p. 48) as causas devem ser necessárias e adequadas para a causação do dano.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 360) menciona um exemplo bastante elucidativo da teoria: “A” desfere uma pancada em face de “B”, suficiente apenas para lhe gerar um ferimento, porém “B” vem à óbito em razão de ser portador de uma fraqueza nos ossos do crânio. Observando-se a hipótese sob a ótica da causalidade adequada, o ato ilícito cometido por “A” não pode ser considerado uma causa adequada para o dano infligido a “B”.

Cavalieri Filho (2009, p. 48) aduz que uma das maiores problematizações dessa teoria seria a identificação de qual a condição, dentre tantas, que deveria ser considerada a condição adequada. Interessante ressaltar o conceito de causalidade adequada delineado por Clóvis do Couto e Silva (1997, p.195) e rememorado por Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 24):

Para o exame do conceito de causalidade adequada é indício o tempo em que ocorre o fato e o em que se verifica o evento. Mas, a distância, se maior ou menor, para fundamentar a adequação, não é propriamente a temporal, mas a lógica. O nexo de causa e efeito é o aspecto lógico de verificação de causação do dano. Assim, não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas proximidade lógica. Fatos ocorridos há muito tempo podem determinar certo evento danoso, estando mais próximos logicamente do que os outros realizados pouco antes do acontecimento (Esser, pág. 234). São, portanto, adequados.

Assim, além da probabilidade de a situação necessária ter sido adequada e determinante para a causação do dano, seria imprescindível se observar a situação concreta. Desse modo, essa é considerada uma teoria e grande prestígio, nacional e internacionalmente.

Carnaúba (2013, p. 58) delinea que esta teoria foi acusada de dissimular o veredito do magistrado, sob uma perspectiva amplamente objetiva. Por exemplo: dar açúcar a uma criança só lhe geraria grandes prejuízos se esta fosse diabética. A causa adequada do prejuízo seria a diabetes? Em razão disso Carnaúba denota que se retornaria ao "bom senso" do julgador. Todavia, o termo “bom senso do julgador” é bastante indeterminado, não fornecendo uma boa base teórica para a análise da teoria.

### 3.1.3 Teoria do dano direto e imediato

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que esta corrente é a que traz menor grau de subjetividade e insegurança jurídica. Para essa teoria, a “causa” seria o fato antecedente vinculado diretamente ao evento danoso, “como uma consequência sua direta e imediata” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2013, p. 144).

Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 25), aduz que o art. 403 do Código Civil enseja a diversos autores nacionais considerarem que esta é a teoria positivada no ordenamento pátrio. Preceitua o artigo 403 do Código Civil: *“ainda que a inexecução resulte do dolo do devedor as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”*.

Sequencialmente, porém, Peteffi da Silva (2009, p. 25) explica que o dispositivo se encontra dentro do Título IV do Diploma Civilista, o qual trata do inadimplemento das obrigações. Isso poderia vincular teoria do dano direto e imediato a responsabilidade contratual. O doutrinador, todavia, afirma que os seus defensores acreditam que o dano direto e imediato modula todo o sistema da responsabilidade civil, independentemente do local onde se encontra.

Gonçalves (2014, p. 361) menciona um exemplo citado por Wilson Melo da Silva, conveniente para a compreensão da teoria. Nesse, um acidentado é conduzido para o hospital em uma ambulância, contudo no trajeto ela colide com outro veículo. Com o choque a vítima vem a falecer, porém, registre-se: o motivo de seu falecimento não está relacionado com o acidente, mas apenas com a colisão do automóvel. Aplicando-se a teoria do dano direto e imediato o agente do primeiro evento, não responderia por todos os danos, respondendo, cada agente, pelos danos resultantes imediata e diretamente de sua conduta.

Esta teoria, porém, enfrenta as mesmas dificuldades das teorias anteriores: as hipóteses de multiplicidades de causas, as quais convencionou-se chamar de concausas. Existindo multiplicidade causal, aplica-se o artigo 942 do Código Civil, empregando-se, pois, a responsabilidade solidária<sup>5</sup>. Desse modo, caberá a vítima a escolha de qual agente irá executar, atentando-se, porém, a culpa de cada possível réu.

---

<sup>5</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Petteffi da Silva (2009, p. 31) salienta que uma das incongruências da utilização dessa teoria seria a dificuldade de sua aplicação aos danos reflexos ou por ricochete. Essa dificuldade seria proveniente da interpretação gramatical da expressão “dano direto e imediato”. Gustavo Tepedino, ao explanar acerca da evolução da teoria ora em análise, aplicou a “subteoria da necessidade da causa”, a qual possibilita a indenização por danos por ricochete, caso sejam “consequência direta da ação ou omissão do agente” (TEPEDINO, 2002, p. 8).

Augustinho Alvim, ao explicar sobre a teoria ou subteoria da necessidade da causa, pontua que a causa de um determinado dano será considerada a que for dele mais próxima ou a mais remota. Sendo aplicada a causa mais remota será imprescindível que ela esteja ligada ao dano de maneira direta. *Ela é causa necessária do dano, porque é a ela se filia necessariamente; é causa única porque opera por si, dispensadas outras causas.* Nesses moldes, o autor afirma que seria indenizado o dano relacionado a uma causa necessária, ainda que ela seja remota, uma vez que o dano não poderia ser explicado por outra causa (ALVIM, 1980, p. 356).

Gonçalves argumenta que a teoria da necessidade da causa não visa resolver todas as dificuldades existentes, mas além de ser a teoria adotada pelo diploma civilista pátrio, é a que de modo mais simples cristaliza a teoria do dano direto e imediato. Acredita ser nítida a opção adotada pelo legislador: a de não sujeição do autor do dano a toda e qualquer consequência do seu ato, apenas quando o prejuízo se encontrar ligado diretamente ao ato (GONÇALVES, 2014, p. 361).

Da mesma forma, Pereira (2014, p. 161) discorre que ao menos no campo teórico é esta a teoria prevalente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em termos práticos, as teorias do dano direto e imediato e da causalidade adequada são semelhantes e “mais se complementam do que se repelem”. Esse pensamento, contrário as argumentações de Gustavo Tepedino, vem ao encontro da ideia de Petteffi da Silva (2009, p. 41-42), que denota que as teorias supramencionadas observam por enfoques diferentes um mesmo conceito de nexo de causalidade.

É possível se afirmar, pois, que após uma análise mais aguçada acerca das três teorias tradicionais se verifica que a teoria da equivalência das condições está contida tanto na teoria da causalidade adequada, quanto na teoria do dano direto e imediato. Por sua vez, não se consegue delimitar um parâmetro que remonte uma grande diferenciação entre a causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato, uma vez que o elo de ligação entre a causa

anterior e o prejuízo final relacionam-se ao “caráter de adequação”, pois algumas causas, são de fato, mais adequadas do que as outras (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 40).

### 3.1.4 Causalidade Alternativa e Causalidade Parcial

Com a evolução doutrinária, verificou-se, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, que todas as teorias que explicitam o nexo de causalidade se apoiavam na *conditio sine qua non*. Dessa forma, para unir o liame causal entre a ação ou omissão do agente e o dano seria imprescindível uma condição necessária, cabendo a vítima o ônus probatório, nos termos do art. 373 do CPC<sup>6</sup>.

Todavia, as teorias tradicionais já não respondiam mais todas as questões imputadas ao princípio solidarista, delineado na Constituição Federal de 1988. Nessa toada, por meio da ação da doutrina e da jurisprudência se criaram presunções, as quais relativizaram o ônus da prova da causalidade, entre o ofensor e o dano.

A responsabilidade civil coletiva ou responsabilidade civil dos grupos adota essa presunção, uma vez que se verifica quando um membro não identificável de um grupo certo e restrito comete um dano. Nesses casos, jurisprudencialmente, aplica-se a responsabilidade solidária entre todos os integrantes do conjunto, independentemente do verdadeiro causador do dano. É o que se depreende da jurisprudência colacionada abaixo:

Venda de pinheiros - número certo - Réus que, comprovadamente cortaram a mais - Dever de indenizar - Desconhecendo-se qual dos réus praticou o ilícito, há solidariedade - arts. 904 e 1.518 do Código Civil - Agravo no auto do processo desacolhido, procedência parcial da ação.  
(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 21.062. Apelante: Sibisa S. Birman S/A Ind. e Com, Milton Nascimento Pereira de Carvalho e Outros, Cia Novosul, Ind. Com. e Adm. Apelados: Os mesmos. Relator: Antônio Vilela Amaral Braga. 8.11.1973)

A situação refere-se a um caso em que diversas empresas trabalhavam com corte de árvores em uma determinada região. Contudo, consoante Vasco Della Giustina (1991, p. 49)

---

<sup>6</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. [...]

foi extrapolado as condições estabelecidas contratualmente, sem se saber qual delas fora a responsável. Nessa situação, utilizou-se a responsabilidade civil dos grupos, aplicando-se a solidariedade.

A causalidade parcial, então, seria uma forma de instrumentalizar a reparação quando existirem diversas concausas e não se souber definir qual delas atuou para tanto.

Petteffi da Silva (2009, p. 49) salienta que grande parte da doutrina adota a causalidade alternativa para solucionar os casos de responsabilidade pela perda de uma chance no meio médico através de uma solução dúplice. A primeira se liga a uma presunção causal a qual enseja a vítima o ressarcimento total da vantagem perdida, aplicando-se a responsabilidade civil dos grupos. A segunda relaciona-se a perda da chance, limitando o *quantum* indenizatório as chances perdidas.

Observando-se a casuística sob o manto da teoria tradicional, negar-se-ia a indenização na ausência de certeza, o que estaria consubstanciando na expressão “tudo ou nada”. Todavia, ao se flexibilizar tal premissa, adotar-se-ia a causalidade parcial. Destarte, a conduta seria ressarcida na medida em que o agente participou para a geração do dano, por meio de possibilidades concretas e provadas cientificamente (PEREIRA, 2014, p. 170).

Delineando os ensinamentos de John Makdisi, Petteffi da Silva denota que a causalidade seria aferida proporcionalmente ao conjunto probatório, segundo esta proporção a indenização seria calculada (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 51). Além disso, outro argumento utilizado para a aplicação da teoria é o da “justiça e proporcionalidade”. Isso decorre da perspectiva depreendida da causalidade parcial: uma forma de se demonstrar o nexo de causalidade e de se determinar o valor da indenização, conforme dispõe Leitão (2016, p. 53).

As chances perdidas têm posição de destaque neste diálogo, uma vez que em situações nas quais não se vislumbra a *conditio sine qua non*, para a demonstração da vantagem esperada, concede-se uma reparação atinente a um prejuízo parcial e relativo. Petteffi da Silva (2009, p. 51) destaca, que para estes autores, a perda de uma chance não seria analisada de maneira indissociada do dano final. Mencionando Jackes Boré, Petteffi da Silva (2009, p. 59) explica:

Deste modo, segundo Boré, **seria incorreto afirmar que estaríamos subvertendo o conceito de causalidade com a aceitação da noção de perda de uma chance**, ao contrário, estaríamos referindo-nos explicitamente a uma lei aleatória subjacente que até então usávamos sem nos darmos conta. Com efeito, quando **o juiz estima o valor da chance perdida**, ele **aprecia estatisticamente a correlação existente entre o fato gerador da responsabilidade e o dano**. (PETEFFI DA SILVA, 2009) (Sem grifos no original).



Destarte, as premissas dos apoiadores da causalidade parcial se contrapõem aos fundamentos dos autores os quais aduzem que a perda das chances seria uma nova modalidade de dano, autônomo e independente.

Nos casos de perda de uma chance, a utilização da causalidade parcial provocará uma proporção entre o valor do dano sofrido e a probabilidade do fato antijurídico tê-lo causado. É possível se afirmar, também, que além dos casos de perda das chances, em situações de incerteza sobre qual das causas foi a causa adequada para a geração do dano, recorre-se a probabilidade para a concessão de uma indenização parcial (LEITÃO, 2016, pg. 53).

Petteffi da Silva (2009, p. 64) explica que os estudos de Jacques Boré tinham enfoque na indenização da perda das chances, nada além ou aquém das chances. Na mesma linha, John Makdisi não sustentava que a conduta do réu deveria respeitar um percentual fixo de 50% para mais ou menos das vantagens esperadas pela vítima, equivalendo-se ao dano final.

A figura abaixo ilustra o debate existente entre as teorias tradicionais da causalidade e as teorias alternativas do nexo causal, as quais foram delineadas nesse tópico:

**Figura 2** – Distinção entre as teorias atinentes ao nexo causal

Teorias Clássicas	Teorias Alternativas
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Equivalência das condições;</li> <li>• Causalidade adequada;</li> <li>• Causalidade direta e imediata.</li> </ul>  <p>Padrão tudo ou nada: necessidade de prova inequívoca do nexo de causalidade.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Causalidade parcial</li> </ul>  <p>Flexibilização do nexo de causalidade e aceitação sistemática da perda da chance com a natureza jurídica relacionada ao nexo causal.</p>

**Fonte:** elaboração própria.

Nítido é que as teorias alternativas dão azo a uma flexibilização do nexo de causalidade, possibilitando a aplicação da teoria da perda de uma chance. Contudo, antes de se observar as noções de natureza jurídica da perda da chance atreladas ao dano autônomo, examina-se a



separação da perda da chance clássica e a perda da chance na seara médica, distinção defendida pela doutrina majoritária francesa.

### **3.2 A doutrina majoritária francesa: Separação entre perda da chance clássica *versus* perda da chance na seara médica**

António Santos Pedro Leitão sustenta que principalmente no Direito Francês na seara da responsabilidade civil médica, a aplicação da causalidade parcial gerou uma grande discussão. Dela surgiu uma contracorrente que neste âmbito tanto nega a aplicação da causalidade parcial, como também, a noção de dano autónomo da perda da chance (LEITÃO, 2016, p.53).

Petteffi da Silva (2009, p. 83) denota que nas ideias de Jackes Boré e John Makdisi a natureza jurídica da perda da chance estaria totalmente atrelada a noção de causalidade parcial. Já para Joseph King Jr. e George Durry a reparação das chances estaria vinculada a um alargamento da noção de danos. Contudo, propõe-se, aqui, uma visão diversa: a separação dos casos clássicos de perda das chances e os casos de perda das chances na seara médica.

Petteffi da Silva afirma que René Savatier ao analisar duas decisões da Corte de Cassação Francesa passou a defender uma corrente contrária a utilização das de perda de uma chance de cura e de perda de uma chance de sobrevivência. O exemplo narrado no primeiro julgado é o de uma criança que após um erro de diagnóstico contraiu sequelas em seu braço. Neste caso, Corte de Cassação não entendeu que havia uma relação de causalidade absoluta com o dano final, tão somente a subtração das chances de cura. O segundo exemplo se trata do caso de uma gestante que em razão de um erro médico possuiu complicações no pós-parto, vindo a óbito. Nesse caso, o entendimento foi de que o médico subtraiu 80% das chances de cura, em razão de que 20% dos pacientes que chegam nesse estágio vêm a falecer (PETEFFI DA SILVA, 2009, p.84).

A posição adotada por Savatier engendrou até os tempos atuais a corrente majoritária Francesa que visa dividir os casos de aplicação clássica de perda de uma chance, no qual se reconhece um dano específico, e os casos de perda das chances na seara médica (PETEFFI DA SILVA, 2009, p.84). Carnaúba (2013, p.62-63) destaca a principal diferença entre esses dois grupos:

**De um lado**, haveria os casos em que o responsável privou a vítima de todas as suas chances de obter o resultado aleatório desejado. Em tais hipóteses, **a**

**conduta do réu necessariamente interrompeu o processo aleatório**, restando, pois, **configurado um nexo de causalidade tradicional** entre esta conduta e o prejuízo sofrido pela vítima. A reparação de chances teria aqui natureza de **prejuízo autônomo**. Já o **segundo grupo** seria composto pelos **casos em que a conduta do réu privou a vítima de apenas parte de suas chances de obter o resultado desejado**, nos quais o processo aleatório continua a se desenrolar mesmo após a intervenção do réu, chegando até o seu fim. Os **litígios envolvendo a responsabilidade médica**, em especial aqueles em que o erro de tratamento priva o paciente de parte de suas chances de cura, **estariam abarcados nesse segundo grupo**. Contrariamente ao grupo precedente, **não haveria nesses casos um nexo causal entre a conduta do réu e prejuízo da vítima, ante a ausência de relação necessária entre ambos**. Aplicada a esse tipo de conflito, a **técnica da reparação de chance serviria como forma de alargar a concepção clássica de causalidade jurídica, possibilitando o reconhecimento de um nexo de causalidade parcial.** (Sem grifos no original).

Nuno Santos Rocha (2015, p. 36) denota que haveria uma divisão doutrinária entre duas teorias: a teoria divisionista e a teoria unitária. Os autores que defendem a primeira corrente, acreditam que a perda da chance no âmbito médico estaria separada dos outros casos (casos clássicos), rejeitando, nos casos médicos, a noção de indenização parcial, seja pelo dano autônomo, seja pela causalidade parcial. Já na teoria unitária não haveria divisão, estando todos os casos de perda de uma chance, incluídos como um dano autônomo.

Nos casos de responsabilidade civil médica para a teoria divisionista, não haveria falar em perda das chances como dano autônomo, uma vez que o processo já teria chegado ao fim não tendo sido interrompido. Desse modo, as dúvidas existentes seriam apenas relativas a relação causal entre o fato e o dano, não permitindo a perda das chances a noção de dano autônomo. Haveria, ainda, problematizações quanto ao grau de certeza entre a causa e o dano, ou seja, se a situação foi proveniente do fato ilícito ou se foi um fator natural da doença (LEITÃO, 2016, p.53).

Para Leitão a mesma teoria também aponta para a não utilização da causalidade parcial. Acredita-se que nesses casos, a causalidade parcial seria arbitrária, porque atentar-se-ia a um dano intermediário para fundamentar a probabilidade entre o fato e o dano final, entretanto como o processo causal já teria chegado ao seu fim seria nítido que a questão deveria se voltar a reparação do dano final. (LEITÃO, 2016, p. 53)

Petteffi da Silva citando Jean Penneau sustenta:

Na **perspectiva clássica da perda de chances**, um ato ilícito (une faute) está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pode apresentar-se ao exame, um

cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. **A perda de chances de cura ou de sobrevivência coloca-se em uma perspectiva bem diferente:** aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. **A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre o prejuízo e o ato ilícito do médico:** não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença (PENNEAU, 1990, p. 537, *apud* PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 86-87). Sem grifos no original.

Petteffi da Silva, delineando os ensinamentos de Jean Penneau, explica que a perda da chance de cura ou de sobrevivência está subordinada ao dano final, portanto ainda que exista erro médico, não havendo seqüela não existirá obrigação indenizatória. Diferentemente ocorre quando se observa a perda das chances clássicas, uma vez que sendo a chance destruída não se vislumbrará, posteriormente, a ocorrência da vantagem (PENNEAU, 1981, p. 547 *apud* PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 88)

Ressalte-se, porém, que no caso da perda das chances clássicas, é também exigido a existência de um dano final, no entanto, todas as chances são destruídas em razão da conduta do agente tornando claro o dano final. Destarte, nesse caso, fica conservado a independência entre o dano final (vantagem esperada) e a perda da chance (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 88)

Leitão (2016, p. 54), citando René Savatier (1970), critica a ideia da utilização da causalidade parcial, aduzindo que essa seria “o paraíso dos juízes indecisos”. O autor explica que essa teoria aumentaria ainda mais a discricionariedade dos juízes para a concessão da reparação, sem que fosse realizada uma análise aprofundada acerca do nexo de causalidade, não se buscando a verdade material.

Sendo assim, o autor defende que a aplicação da causalidade parcial seria apenas um artifício verbal para encarar os problemas relativos ao quantum indenizatório relacionados as dúvidas quanto ao nexo de causalidade. O autor pondera, inclusive, que tal situação poderia ensejar insegurança ao profissional da medicina, podendo ocasionar uma paralisação de atuação de médicos e profissionais da saúde. (LEITÃO, 2016, p. 55).

Da mesma forma, a teoria unitária nega aplicação da teoria da causalidade parcial. Por sua vez, sustenta que em casos de responsabilidade civil médica a responsabilidade civil pela perda da chance poderá possuir natureza jurídica de dano autônomo (LEITÃO, 2016, p. 55).

Autores como Yves Chartier, Joseph King, Georges Durry, Annick Dorsnerdolivét, Rute Teixeira Pedro e Nuno Santos Rocha defendem a aplicação da teoria unitária (LEITÃO, 2016, p. 55).

Os doutrinadores defensores dessa teoria denotam que a separação realizada pelos divisionistas, entre os casos clássicos de responsabilidade pela perda de uma chance e os casos em que envolvem responsabilidade civil médica não deve subsistir. Isso porque, para que se consolide a perda da chance, a chance deve ter sido efetivamente perdida, isto é, definitivamente passada no momento da análise pelo magistrado (LEITÃO, 2016, p. 55). Portanto, para a perda da chance ser considerada um dano autônomo é imprescindível que se demonstre que o doente tinha uma chance de cura ou sobrevivência, mas que pela ação ou omissão médica não fora permitida (LEITÃO, 2016, p. 55).

Peteffi da Silva (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 105). sustenta que o professor Joseph King Jr. é o grande nome da teoria unitária. Esse acredita que em situações em que o prejuízo final já se configurou, é possível isolar um prejuízo independente do dano final. Por esse motivo, defende não ser primordial a utilização da causalidade parcial para a aplicação da teoria da perda das chances no âmbito médico. Nesse ponto, a pretensão de Joseph King é impedir que a vítima fique sem qualquer reparação.

Leitão (2016, p. 58), citando Dorsner (1984, p. 308), pontua, também, que a escolha da causalidade parcial em relação a autonomização da perda de uma chance traria ao médico um efeito psicológico: a preferência pela condenação da perda das chances, respaldada na falta de certeza do nexo de causalidade entre o seu fato ilícito e o dano, do que a condenação pelo dano final.

Os argumentos expostos acima, explicam porque doutrinariamente a natureza jurídica da perda das chances como uma questão de causalidade pode ser rechaçada. Finaliza Leitão:

Da nossa parte, a causalidade parcial é de rejeitar, além dos argumentos enumerados supra, **por poder implicar uma relativização demasiado elevada daquilo que pode ou não ser considerado como causa (jurídica) do dano e abrir as portas à constante responsabilização parcial por danos que, utilizando a teoria da causalidade adequada, teriam como causa (jurídica) o facto ilícito praticado pelo lesante – levando à confusão entre o conceito de causa adequada e de condição.** Acima daquilo que foi dito, tendo em conta a formulação de causalidade legalmente estatuída no nosso ordenamento jurídico, sempre se dirá que uma aplicação da causalidade parcial será sempre contrária à lei, por não se coadunar com a teoria da causalidade adequada (LEITÃO, 2016, p. 58). (Sem grifos no original)

Parte-se, agora, a análise da perda de uma chance como uma nova concepção de dano.

### 3.3 Perda das chances como uma nova concepção de dano

Como observou-se, o conceito de nexo de causalidade foi evoluindo com a noção de responsabilidade civil, e, assim, utilizado de maneiras diferentes para respaldar a teoria da perda de uma chance. Em alguns casos, aplicando-se a causalidade parcial, e, em outros, através de presunções causais que acarretam na integral reparação do dano. É essencial, por outro lado, observar a teoria da perda de uma chance sob a ótica de outro elemento da responsabilidade civil: o dano. Joseph King Jr. foi percussor na ideia de que as chances perdidas poderiam estar enquadradas como uma espécie de dano reparável, sem a necessidade do alargamento do nexo de causalidade (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 79).

O autor ressalva que não obstante existirem críticas a respeito da certeza que envolvem determinadas estatísticas, consoante o paradigma solidarista seria possível se aplicar a perda das chances a mesma retórica aplicada a reparação dos danos morais. Assim *“a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo”*. Portanto, uma abertura conceitual no conceito de danos indenizáveis, a teoria da perda de uma chance não precisaria se valer da causalidade alternativa (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 76).

Petteffi da Silva (2009, p. 76) explica que estatisticamente foi possibilitado o aferimento de probabilidades e com isso o reconhecimento da reparação do dano. Sendo assim, a perda das chances seria passível de conversão pecuniária. O autor denota que Joseph King Jr. considera a perda das chances como um dano plenamente reparável e autônomo. Nas palavras de Petteffi da Silva, Joseph King Jr. sustenta que as cortes falham ao interpretar a perda das chances como uma das causas possíveis para a frustração definitiva da vantagem esperada pelo ofendido, e a identificar como um dano reparável. O autor acredita que em razão disso meras probabilidades passam a dois extremos: ou são certezas ou impossibilidades absolutas. Em razão disso o Tribunais, face a uma suposta injustiça em uma sentença de improcedência, modificam o padrão tudo ou nada da causalidade, podendo tão somente reconhecer que a perda das chances por si só já é um dano reparável.

Em que pese nos ordenamentos jurídicos da *Comum Law* e no Direito Espanhol seja observada de maneira diversa, a teoria da perda de uma chance como dano autônomo foi a primeira a ser utilizada. Nancy Andrigh aponta no REsp 1254141/PR<sup>7</sup> a importância de atribuir tal natureza jurídica a chances perdidas:

---

<sup>7</sup> A análise do recuso especial será objeto do 4º capítulo da presente monografia.

O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, **a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto.** Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida. (REsp 1254141/PR, Rel. Ministro NANCY ANDRIGH, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20.02.2013) (Sem grifos no original)

Dessa forma, sendo tal natureza jurídica analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, cabe um maior aprofundamento da temática.

Leitão explica que para a consideração da aleatoriedade, uma das características das chances, a chance deve ser juridicamente relevante, devendo, também, existir na esfera jurídica da vítima, podendo, pois, ser atingida pelo fato ilícito e culposos. Em situações nas quais a chance possuir essas características, o autor defende que há o rompimento da problemática causal, ensejando considerações a título de dano (LEITÃO, 2016, p. 58).

Nesses termos, se em função de um ato ilícito a chance desaparecer estabelecendo-se um nexo causal entre o evento danoso e a perda da chance, nasce a obrigação de indenizar a vítima por parte do agente. Portanto, registre-se que deve haver a existência do nexo de causalidade, como em qualquer caso diverso de responsabilidade civil. Leitão narra que a aplicação da perda das chances possibilitou uma flexibilização deste ramo jurídico, mas que isso não negligenciou as necessidades atreladas ao nexo de causalidade, todavia sim na perda da chance como um dano autônomo, existente entre o dano final e o fato antijurídico (LEITÃO, 2016, p. 59).

Essa autonomia da chance, que é desvinculável da própria noção de chance, origina a autonomia do dano pela sua perda. Desse modo, sendo a chance autônoma do resultado final, o dano pela sua perda também o será. O autor, no entanto, relativiza essa autonomia em duas situações (LEITÃO, 2016, p. 60).

Na primeira situação, o dano pela perda chance só ocorreria quando se constatasse a verificação de um resultado final. Exemplificativamente, tem-se a hipótese de um advogado que, em uma ação de cobrança, deixa de apresentar contestação. Contudo, no caso do exemplo, o juiz entende não haver elementos suficientes para constituição da dívida, julgando a causa improcedente. Observa-se que em que pese a falha do advogado, não ocorreu um dano final não havendo falar em perda da chance. Na segunda situação, saliente-se que o dano pela chance perdida não pode ter seu quantum indenizatório avaliado de maneira autônoma. Isso ocorre

porque deve-se aferir proporcionalmente, por meio de um cálculo de probabilidade se o resultado teria acontecido, caso não fosse vislumbrada a chance perdida (LEITÃO, 2016, p. 60).

Noronha (2013, p. 702) explana que quando se trata de danos decorrentes da perda de uma chance, a temática central não circunda a separação de danos eventuais ou danos certos, nem de danos futuros e presentes. Para o doutrinador, quando a problemática estiver relacionada com as chances perdidas o dano será certo, embora possam futuros ou presentes. Sendo, pois, o dano certo e presente deverá se demonstrar a prova de sua existência, sendo certo e futuro será necessário a demonstração da verossimilhança de sua ocorrência, o que torna o processo probatório mais dificultoso.

Interessante a separação realizada por Noronha (2013, p. 702) entre danos certos eventuais, para que não se considere a perda das chances como um dano eventual. O dano da perda da chance tem de ser certo, a única incerteza encontra-se na dúvida se a possibilidade perdida evitaria um prejuízo ou oportunizasse uma vantagem, ou seja, a incerteza paira sob o terreno do nexo de causalidade. É por esse motivo que o autor sustenta que o quantum indenizatório dependerá do grau de probabilidade para que fosse atingida uma vantagem ou se evitasse do prejuízo.

O autor pormenoriza a distinção entre danos presentes e futuros, julgando primordial tal classificação. Acredita que a responsabilidade pela perda das chances se consubstanciará ou em danos - que poderiam ou não acontecer - relacionados a eventos positivos, os quais foram interrompidos no passado pelo fato antijurídico ou a prejuízos verdadeiramente comprovados, porém sem se pressupor de fato, que aquele determinado dano foi o seu verdadeiro causador (NORONHA, 2013, p. 702).

Noronha (2013, p. 702) compreende uma classificação dúplice para a responsabilidade civil pela perda das chances, o que gera certas especificidades, entre frustração de um evento benéfico, o qual poderia vir a acontecer futuramente, não fosse o ato antijurídico e a de um prejuízo efetivamente ocorrido. Portanto, para o autor, o dano final pode ser enquadrado como um dano passado ou futuro, mas o dano pela perda da chance é um dano que já foi verificado, sendo considerado atual ou presente. Dessa forma, em que pese ainda possuir natureza aleatória deverá ser um dano presente, “mesmo que tenha ocorrido num momento anterior ao tempo atual e por isso pudesse dizer, num sentido impróprio, que seria dano passado.”.

Noronha discorda de Sérgio Savi e dos autores que apontam que o dano pela perda de uma chance é sempre um dano emergente. Isso porque apesar de o dano pelas chances perdidas



ser sempre um dano presente ele não é necessariamente emergente, ao ver de Noronha (NORONHA, 2013, p. 704).

Savi acredita que se a perda da chance estiver contida dentro do liame do dano emergente, a conjuntura que circunda a certeza relacionada ao dano estaria superada. Isso porque não se repararia o prejuízo relativo à perda do resultado útil esperado, mas a perda da chance de obtenção do resultado útil esperado. Exemplificando: o autor denota que a reparação não se relacionaria com a possibilidade de vitória na ação judicial, mas, sim, pela possibilidade de exame recurso por órgão jurisdicional ter se perdido. Para ele, não se está diante de um lucro cessante em razão da possibilidade futura de vitória frustrada, porém de um dano emergente em face da chance atual que se inviabilizou (SAVI, 2006, p. 102).

Da mesma forma que Sérgio Savi, Leitão (2016, p. 63) acredita que a perda da chance não pode ser considerada um lucro cessante. Leitão sustenta que no momento da lesão não buscava a obtenção da chance, mas de um resultado final. Ademais, afirma que sendo a chance um bem presente, deve estar compreendida na esfera jurídica do lesado quando for perdida, devendo ser considerada, pois, um dano emergente.

Entretanto, ao se analisar a bipartição existente entre lucros cessantes e danos emergentes é perceptível que a perda das chances possa ser um lucro cessante. Rememora-se, aqui, os conceitos: danos emergentes são danos patrimoniais que se relacionam a uma efetiva diminuição no patrimônio do lesado; lucros cessantes se referem a uma frustração de ganho ou uma redução patrimonial. Noronha (2013, p. 704) denota que essa bipartição apenas tem interesse para danos essencialmente patrimoniais.

Alerte-se, ainda, que a perda da chance e o lucro cessante em primeira vista se confundem: ambos são uma perda de expectativa patrimonial que não se perfectibilizou. Todavia, enquanto naquele não se sabe se a vantagem não foi auferida em função da perda da chance ou da lesão, nesse se tem ciência que o benefício só não foi alcançado em razão da lesão. (LEITÃO, 2016, p. 62).

Com os conceitos bem assentados, é de se concordar que o dano da chance perdida, tal qual o dano final, pode se referir a uma reparação gerada por um prejuízo sofrido (dano emergente), ou a uma reparação oriunda da frustração de uma vantagem (lucro cessante). Ademais, o dano da chance perdida pode ser também um dano extrapatrimonial, o que corrobora com a ideia de que não se pode limitar o dano pela perda das chances a um dano emergente. (NORONHA, 2013, p. 704).

O pensamento de Noronha se coaduna com o de Malta Pinto, nesse aspecto. Esse também sustenta ser equivocada a afirmativa de que a perda da chance é apenas um benefício que sujeito deixou de receber, isto é um lucro cessante, ou que exista um dano futuro. O autor denota que à qualificação do dano da perda de chance como dano emergente ou como lucro cessante, “depende da forma como juridicamente se qualifiquem as meras chances de obtenção de ganhos.” (PINTO, 2016, p. 07)

A figura abaixo sistematiza o pensamento de Fernando Noronha:

**Figura 3** – Distinção entre o dano final e o dano relativo à chance perdida

<b>Dano Final</b>	<b>Dano pela chance perdida</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• É dano presente ou futuro;</li> <li>• É a irreversível perda da vantagem ou a ocorrência do prejuízo;</li> <li>• Repara-se a própria vantagem ou prejuízo;</li> <li>• É hipotético e incerto;</li> <li>• Pode ser dano emergente ou lucro cessante</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• É dano certo e presente;</li> <li>• É a oportunidade que se perdeu;</li> <li>• Compensa-se a oportunidade perdida;</li> <li>• Liga-se: <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ A frustração de uma vantagem futura (dano final futuro);</li> <li>✓ A frustração de se evitar um prejuízo (dano final presente)</li> </ul> </li> <li>• Pode ser dano emergente ou lucro cessante.</li> </ul>

**Fonte:** Elaboração própria a partir dos ensinamentos de Noronha (2013, p. 703).

Tendo-se em vista que este tópico busca analisar a natureza jurídica da perda da chance enquanto dano, passa-se a examinar a sua quantificação.

Leitão (2016, p. 65-66) assegura que não obstante considerar a natureza jurídica das chances perdidas como modalidade dano, a reparação da chance perdida não deve equivaler a total perda da vantagem. Vislumbra que a autonomia da chance perdida é relativa da mesma forma como o seu valor encontra-se atrelado ao dano final. Assevera que conforme a teoria da causalidade adequada, em casos de perda de uma chance não se consegue estabelecer um nexo causal seguro entre o fato ilícito e culposo e o dano final. É por causa disso que o autor defende

que não se pode ressarcir o dano final em sua totalidade, uma vez que agindo assim sobrecarregar-se-ia o ofensor e fomentar-se-ia um enriquecimento sem causa da vítima.

Desse modo, a quantificação da chance perdida é efetuada com base na probabilidade de sua realização, em função do dano final, o que é intrínseco a seriedade da chance. Citando Yves Chartier, António Leitão (LEITÃO, 2016, p. 66) denota que o juiz deverá realizar uma dupla avaliação:

[...] em **primeiro lugar proceder à avaliação da situação hipotética de a chance se ter realizado**, determinando em que situação o lesado estaria se a chance se tivesse materializado; em **segundo lugar, calcular qual o grau de probabilidade da própria chance se ter realizado no processo causal hipotético** – ou seja, qual o grau de interferência que a existência daquela chance implicava na concretização do resultado final (no fundo reconduz-se à verificação da sua seriedade). Depois de terminadas estas operações, pode então **aplicar-se a percentagem obtida na segunda operação ao valor obtido na primeira e estará assim encontrado o valor do dano da perda de chance**. (Sem grifos no original)

Interessante mencionar as críticas efetuadas por Peteffi da Silva sobre tal natureza jurídica das chances perdidas.

O autor, já na conclusão de sua obra “Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance”, aponta que tanto Jean Penneau, quanto René Savatier delineavam um “perigo sistemático” em situações em que o processo aleatório já tivesse chegado ao fim. Isso ante a dificuldade probatória do nexo causal, deixando-se de se conceder a reparação integral do prejuízo sofrido pela vítima (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 240).

Dessa maneira, o julgador não procuraria buscar o verdadeiro causador do dano, mas sim o percentual de chances retiradas da vítima. Peteffi da Silva acrescenta:

Importante observar que, em França, ao aludido 'perigo sistemático' representado pela perda da chance de cura é dada tanta importância que, exceto pela célebre manifestação de Jacques Boré, nenhum outro jurista advoga pela aplicação da causalidade parcial. Portanto, mais uma vez se verifica a defesa da fórmula 'tudo ou nada' quando se trata de causalidade: ou a vítima resta sem qualquer reparação, já que o nexo causal não foi provado; ou se trabalha com presunções de causalidade, tentando alcançar a reparação do dano final (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 240-241).

Rafael Peteffi da Silva acredita que se tendo em vista a necessidade da formulação de presunções para a demonstração do nexo causal, por si já levaria a impossibilidade da admissão das chances perdidas como um dano autônomo e independente. O autor exemplifica uma situação em que um médico comete um gritante erro técnico, aumentando em muito a

possibilidade de chances de óbito da paciente ou lhe reduzindo a chance de sobrevivência. Todavia, na hipótese mencionada, a conduta imperita não ocasiona dano a vítima. Peteffi da Silva argumenta que a maior parte da doutrina acredita que não existe dano a ser reparável. Dessa forma, o prejuízo que diferente do benefício almejado pelo ofendido, em casos em que o processo aleatório chegou ao fim, são complexos, uma vez que dependem da perda definitiva da vantagem esperada pela vítima (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 109-110).

Nancy Andrich, no REsp 1254141/PR, aduz que a crítica realizada no exemplo mencionado por Peteffi da Silva não se sustenta. *In verbis*:

No exemplo fornecido por Peteffi **não há efetiva perda da chance quanto ao resultado-morte**. Se o processo causal chegou a seu fim e o paciente viveu, não obstante a falha médica, não se pode dizer que o profissional de saúde tenha lhe subtraído uma chance qualquer. Por questões afeitas à compleição física da vítima ou por quaisquer outros fatores independentes da conduta médica, as chances de sobrevivência daquele paciente sempre foram integrais.

**Vale lembrar que a oportunidade de obter um resultado só pode se considerar frustrada se esse resultado não é atingido por outro modo**. Seria, para utilizar um exemplo mais simples, de “perda de chance clássica”, o mesmo que discutir a responsabilização de uma pessoa que impediu outra de realizar uma prova de concurso, na hipótese em que essa prova tenha sido posteriormente anulada e repetida.

**Talvez no exemplo fornecido por Peteffi seja possível dizer que a correta atuação do profissional de saúde possibilitasse à vítima um processo de convalescência mais confortável ou mais veloz**. Mas nessa situação, poderíamos individualizar um **bem jurídico autônomo lesado pela omissão do médico - justamente a chance de gozar de maior qualidade de vida durante a convalescência**. (REsp 1254141/PR, Rel. Ministro NANCY ANDRIGH, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20.02.2013)

Passa-se, neste momento, a uma concatenação das ideias dos autores principais que serviram como teoria de base para a presente pesquisa.

### **3.4 Causalidade Parcial *versus* Dano Autônomo: Um debate síntese entre Peteffi da Silva, Fernando Noronha e Daniel Carnaúba**

Diante de todas as correntes delineadas até aqui, resta a realização de uma concatenação das principais ideias colacionadas, para que seja dirimida a hipótese principal, proveniente do problema do estudo: a perda da chance possui natureza jurídica de dano autônomo ou está ligada a causalidade parcial do dano final? São nessas duas classes que Peteffi da Silva (2009, p.106) indica que a teoria da perda de uma chance deve estar sistematizada, registrando que as

situações de perda das chances na seara médica estariam contidas em ambas as categorias, consoante os ensinamentos de François Chabas.

Petteffi da Silva (2009, p. 104) expõe que nos casos típicos de perda da chance, a identificação do prejuízo sofrido pela vítima é facilmente verificada, uma vez que o dano final coincide com a perda da vantagem esperada pela vítima. Aponta que este dano final pode estar contido no caso do estudante, o qual perde a chance de prestar o concurso vestibular e do litigante que perde a chance de conquistar a sua vitória no processo judicial. O doutrinador pontua, porém, que a perda definitiva da vantagem esperada não é reparada, uma vez que em casos de perda das chances, a conduta do réu não se constitui como *conditio sine qua non*.

Nesse feito, tendo em vista o óbice da doutrina tradicional em aceitar a causalidade parcial, a indenização das chances subtraídas é isolada como um dano independente, aplicando-se a máxima do “tudo ou nada”. Discordando dessa ideia, Petteffi da Silva (2009, p. 105) crê ser um equívoco considerar como dano autônomo todas as hipóteses de perda da chance. Em suas palavras:

Não se pretende repetir todos os argumentos já expostos pela doutrina majoritária, mas vale lembrar que para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes de chegar ao seu fim. De fato, se o processo aleatório seguir seu curso normal até o final, a conduta do réu somente poderá ser vislumbrada como uma possível causa concorrente para a causação do dano final (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 105).

Petteffi da Silva (2009, p. 248) sistematiza a natureza jurídica da perda das chances em dois grandes grupos. O primeiro deles está relacionado as situações em que o processo aleatório foi até o final, tolhendo da vítima todas as suas chances. Nesses casos, as chances estariam contidas em um conceito de dano específico, no qual a ciência estatística apresenta um papel de destaque. No segundo grupo, o agente não aniquila todas as chances da vítima, mas lhe diminui as chances de alcançar o resultado esperado. Aqui, o processo aleatório não foi até o final e a ciência estatística é aplicada apenas para a análise do grau em que a conduta do réu engendrou o dano final, sendo as chances perdidas causas parciais para a perda do benefício aguardado. Enquanto na primeira hipótese a teoria liga-se a noção de dano, na segunda ela se relaciona a causalidade parcial.

Noronha (2013, p. 710-711), por sua vez, sustenta que a noção de Petteffi da Silva, quanto a causalidade parcial, ainda que muito difundida, está equivocada. Aduz que isso se demonstra, quando Silva narra que a aplicação mais célebre da causalidade parcial encontra

garida na responsabilidade civil coletiva ou dos grupos. Nesses casos, há presunção de causalidade favorável a vítima, indenizando-se a vantagem esperada e perdida pela vítima de forma definitiva.

Noronha destaca que em toda a sua exposição diferenciou o nexo de causalidade do dano como elementos diversos da responsabilidade civil. Ressalta que não admitiu a presunção da causalidade contrária ao réu, apenas que o nexo de causalidade deve ficar comprovado. Não obstante a necessidade da prova do nexo causal, Noronha (2013, p. 711) afirma que isso não significa que a vítima sempre tenha de provar que seu prejuízo foi inevitavelmente derivado do ato danoso do réu.

O autor (2013, p. 712) supracitado explica que tanto o dano quanto o nexo de causalidade podem ser provados de maneira indireta, recorrendo-se a presunções a que chama de naturais, podendo ser de fato ou simples. Nesse feito, tendo o agente praticado um dano, dentro de sua esfera de risco, será o próprio que terá de provar que não houve o elo de ligação entre o dano e o fato. Ressalta, ainda, que se o fato for considerado uma causa adequada do dano, o “réu”, para se exonerar da indenização deverá comprovar duas hipóteses. A primeira consiste na prova de que o dano não se enquadraria na norma que esteja em causa. Já a segunda, se refere a prova do fato de que o dano teria acontecido em razão de um fato atual e independente, que sozinho já teria ensejado o dano, excluindo a causalidade anterior.

Portanto, vislumbra-se que para Noronha o nexo de causalidade sempre tem que ser verificado. O autor (2013, p. 712) sustenta:

[...] do nosso ponto de vista, o nexo de causalidade sempre tem de ficar provado, ainda que isso não signifique que o lesado tenha de fazer prova de que o dano final que sofreu era consequência inevitável do fato antijurídico, é suficiente que faça prova de que esta era causa adequada, por ser normalmente previsível que o dano final viesse a ocorrer. Se o lesante praticou um fato suscetível de causar o dano (na hipótese de responsabilidade subjetiva, ou de objetiva comum), ou se esse fato aconteceu dentro da sua esfera de risco (na hipótese de responsabilidade objetiva agravada), sobre ele deva recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre o fato e o dano.

No que se refere ao dano, o mesmo doutrinador sustenta que nos casos de perda de uma chance, apenas haverá responsabilidade, em situações em que havia uma possibilidade (de se evitar um dano que ocorreu ou de lograr uma vantagem futura) antes do fato antijurídico (dano) acontecer. É o desmantelamento dessa possibilidade que constitui o dano pela perda da chance, sendo esse um dano certo. A incerteza, nesse caso, está na constatação do fato de que caso o dano não ocorresse a oportunidade se perfectibilizaria (no binômio da obtenção de uma

vantagem ou repreensão de um prejuízo. Noronha (2013, p. 712) pontua que “incerto é saber se o fato antijurídico terá sido a causa do dano final”. Isso acontece porque em um processo aleatório, não se tem plena convicção de que aquele determinado fato antijurídico proporcional o dano final ou causas diversas. Portanto, o autor afirma que o dano final deve ser considerado como um dano incerto, uma vez que estando ele permeado de certeza, sua reparação deveria ser integral, não sendo, pois, essencial se apoiar na teoria da perda das chances

Nítido, então, a divergência entre os autores supramencionados. Noronha, diferentemente de Peteffi da Silva (2009, p.108) e da doutrina majoritária francesa, afirma que não é necessário o conceito de causalidade parcial. Enquanto para aquele as chances perdidas são danos distintos e autônomos dos possíveis benefícios esperados, para esses estaria ligada a causalidade parcial.

De todo modo, quando o assunto não se refere a natureza jurídica da perda de uma chance, em situações em que o processo aleatório chegou até o seu final, há semelhança no pensamento dos autores. Isso porque Noronha discorda que nesses casos se adote o conceito de causalidade, devendo os danos relacionados a perda da chance serem reputados como autônomos e diferentes dos benefícios esperados (PETEFFI DA SILVA, 2009, p.108)

Sob a perspectiva de Carnáuba (2013, p. 59-60), quando aplicada essa teoria, o funcionamento da responsabilidade se intrinca, em razão da incerteza relativa ao resultado final. Destarte o parâmetro de realidade e contrarealidade por ele mencionado fica inviabilizado. O autor ressalta que tanto na teoria da equivalência de condições, quanto na teoria da causalidade adequada somente os antecedentes necessários podem ser considerados causas jurídicas de um prejuízo, gerando-se uma relação de necessidade. Essa em sua forma negativa, traduz-se como relação condicional-contrafatual. O fato é a própria condição *sine qua non*, portanto, sem ele não existiria a produção de um resultado, sendo essencial para a formação do nexo de causalidade jurídico.

Por esse motivo, Carnáuba (2013, p. 61) defende que em casos de perda das chances o liame causal nunca restará configurado. Isso porque não se poderá com certeza afirmar que a conduta do réu foi a conduta necessária para a geração do prejuízo ou afastamento da vantagem. Há, pois uma incerteza contrafatual, vez que não se pode afirmar com certeza que ao se retirar a conduta do agente o dano desaparecerá. O autor ressalta que há uma incompatibilidade entre a causalidade jurídica e a perda das chances.

Carnáuba (2013, p. 63) denota que em todos os casos a perda das chances envolve uma dificuldade causal semelhante, havendo um único conceito para a sua reparação atrelado as



concepções de causa suficiente e causa necessária. A causalidade necessária está fundamentada na causalidade jurídica. Em nenhum caso de perda de uma chance se pode imputar, com certeza, ao ato do réu a total perda da vantagem da vítima. Portanto o autor assevera que tanto em situações nas quais o processo aleatório terminou ou não, o nexo de causalidade jurídica nunca estará configurado.

Desse modo, a incerteza contrafactual gera impactos a dois importantes elementos da responsabilidade civil: o dano e o nexo causal. Isso porque ela impede a certificação do prejuízo e se opõe causalidade jurídica. Interessante mencionar o posicionamento do autor (2013, p.65):

**Causalidade e prejuízo estão unidos por um nexo de dependência, desta em relação a aquele.** Para que possamos analisar a causalidade jurídica, é necessário pressupor um prejuízo a fazer às vezes de efeito, e uma conduta, a representar a causa. Logo, **é impossível afirmar a existência de um nexo causal se não houver um prejuízo previamente determinado.** Partindo desta observação podemos entender a razão da inexistência de um nexo causal nos casos de perda de chance. Como poderíamos identificar um nexo entre a conduta e o prejuízo, se esse último foi declarado incerto? **O óbice à causalidade nada mais seria do que a consequência lógica do óbice à certeza do prejuízo.** (Sem grifos no original)

CARNAÚBA (2013, p. 67) denota que será necessário reconstruir hipoteticamente a realidade, para a análise do nexo de causalidade entre a conduta do réu e o prejuízo. O magistrado deverá examinar se o prejuízo continuará existindo e verificar se há dependência entre a conduta e o dano.

Passa-se, nesse momento, a análise jurisprudencial da presente pesquisa, que visa delinear qual o enfoque fornecido a natureza jurídica da perda das chances no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Estaduais (com ênfase no Tribunal de Justiça de São Paulo, em face das razões expostas a seguir).

## 4 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Tendo-se em vista que o tema do presente estudo é também relacionado a análise jurisprudencial acerca da natureza jurídica das chances perdidas, este capítulo visa elucidar, principalmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nesse tribunal foi esmiuçado todas as decisões nos últimos cinco anos, para que se confronte a natureza jurídica adotada para a teoria da perda de uma chance.

Procurou-se, posteriormente, por amostragem, o estudo de algumas decisões nos Tribunais Estaduais que também abordassem essa temática. Contudo, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se destacado nessa pesquisa, optou-se por pormenorizar algumas decisões que trazem à baila a temática estudada nessa monografia.

### 4.1 Superior Tribunal de Justiça

Utilizando-se da ferramenta de consulta jurisprudencial do Tribunal Superior de Justiça, aplicando-se o parâmetro “perda de uma chance” e se delimitando a pesquisa entre o período que se inicia em 1º de janeiro de 2013 e finda em 1º de junho de 2018, encontrou-se cinquenta e um acórdãos e três informativos jurisprudenciais. Ressalte-se, contudo, que duas decisões entre as cinquenta e uma encontradas estão em duplicidade. Dessa forma, não obstante o *website* indicar cinquenta e um acórdãos, existem, em realidade, quarenta e nove.

Registre-se que toda a busca foi direcionada a natureza jurídica das chances perdidas, no entanto o tema ainda é pouco enfrentado pelo Tribunal Superior. Desse modo, optou-se por traçar um panorama geral das decisões encontradas acerca da perda de uma chance com ênfase a duas principais que encararam de frente a natureza jurídica da teoria ora analisada.

Inicia-se o estudo dos julgados do Colendo Tribunal, com os informativos de Jurisprudência encontrados.

O primeiro informativo jurisprudencial, de nº 0549, é proveniente da terceira turma, datado de 05 de novembro de 2014<sup>8</sup>. Ele trata da possibilidade de aplicação da teoria da perda

---

<sup>8</sup> **DIREITO CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.**

Tem direito a ser indenizada, com base na teoria da perda de uma chance, a criança que, em razão da ausência do preposto da empresa contratada por seus pais para coletar o material no momento do parto, não teve recolhidas as células-tronco embrionárias. No caso, a criança teve frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se eventualmente fosse preciso, fazer uso delas em tratamento de saúde. Não se está diante de situação de dano hipotético - o que não renderia ensejo a indenização - mas de caso claro de aplicação da teoria da perda de uma chance, desenvolvida na França (la perte d'une chance) e denominada na Inglaterra de loss-of-a-chance. No caso, a responsabilidade é por perda de uma chance por serem as células-tronco, cuja retirada do

de uma chance no caso de descumprimento de contrato de coleta de células tronco embrionárias. Delineia que é cabível a indenização pela perda das chances no caso em que os pais contrataram uma empresa para recolher células tronco da criança e o preposto da empresa não compareceu no momento do parto, não as recolhendo.

O informativo denota que, nessa situação, o menor teve tolhida as chances de utilização futura desse material, caso o fosse necessário. O Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino assevera que isso não se trata de dano hipotético, mas da perda de uma chance. Isso em razão da alta evolução da medicina moderna, o que torna tais células um trunfo para o tratamento de diversas doenças. Salientou-se que, de fato, se o bebê nascesse plenamente saudável o material não seria necessário, mas que se perdeu uma chance de prevenção de uma possível patologia futura, devendo a chance perdida ser reparada.

Interessante ressaltar que este informativo é proveniente do REsp 1.291.247-RJ, autuado sob a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE.

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

**3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.**

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, **bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.**

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

---

cordão umbilical deve ocorrer no momento do parto, o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis. É possível que o dano final nunca venha a se implementar, bastando que a pessoa recém-nascida seja plenamente saudável, nunca desenvolvendo qualquer doença tratável com a utilização das células-tronco retiradas do seu cordão umbilical. O certo, porém, é que perdeu, definitivamente, a chance de prevenir o tratamento dessas patologias. Essa chance perdida é, portanto, o objeto da indenização. REsp 1.291.247-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19/8/2014. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Disponível

em

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20130101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180601&livre=%22PERDA+DE+UMA+CHANCE%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 11 jun. 2018.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Recorrente: Carlos Márcio Da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.08.2014) (Sem grifos no original)

Observando-se o deslinde processual, verifica-se que tanto em primeiro, quanto em segundo grau, não houve aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. No caso, o recurso especial é apenas da criança, e, inicialmente, cuidou de pormenorizar que o menor é sim parte legítima para postular os danos relativos a falha na prestação de serviços. O relator sustentou que a criança é a maior interessada na busca da indenização, em face da perda da chance de futuramente se utilizar do material genético não recolhido.

O acórdão salienta que o prejuízo deve ser certo e não hipotético, e que se repara a perda da chance e não o dano final. Ressalte-se, que a decisão frisa que a chance perdida diverge do dano final, explicando que esse é a perda definitiva da vantagem esperada pelo ofendido, enquanto aquela seria um prejuízo autônomo.

É pertinente aduzir que o acórdão não esmiúça a natureza jurídica da chance perdida, e, assim, o fato dessa estar atrelada a um abrandamento do nexo causal; porém, se refere a chance como um prejuízo autônomo. Nesse caso, acredita-se que segundo a interpretação do voto do relator, pode ser atribuída a perda da chance a natureza jurídica de dano autônomo. Tal entendimento, inclusive, vai ao encontro das decisões julgadas pelo Tribunal Superior no lapso pesquisado.

No caso concreto, foi destacado a dificuldade da quantificação da reparação porque, nesse caso, não é possível o aferimento através de probabilidades matemáticas, como no *leading case* analisado pelo STJ do “Show do Milhão”. Todavia, o Ministro afirmou que são possíveis outras possibilidades de colheita das células supramencionadas como por meio dos dentes de leite da criança ou através da sua medula óssea. Destarte, o prejuízo não possuiria conteúdo patrimonial, mas extrapatrimonial. Desse modo, foi dado provimento ao recurso e arbitrada a indenização no quantum de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

A Ministra Nancy Andrighi (voto-vista) e o Ministro Sidnei Beneti tiveram seus votos vencidos.

A Ministra concordou com a interpretação do relator acerca da legitimidade da criança para a interposição recursal, mas pediu vista para divergir quanto a aplicação da teoria das chances perdidas. Afirma que é necessário haver certeza da probabilidade, e que não obstante

não ser certa a obtenção da vantagem, a sua frustração ensejaria em um dano autônomo para quem deixou de usufruí-la. A Ministra acredita que consoante a conjuntura fática analisada no processo, haveria tão somente meras conjecturas e não certeza no dano. O Ministro Sidnei Benet acompanha a divergência e assevera que não há aplicação da perda de uma chance quando houver um “exercício futurível”, ou seja, uma eventualidade futura de o prejuízo acontecer.

O segundo informativo jurisprudencial é de nº 0530, proveniente da segunda turma, no período de 20 de novembro de 2013<sup>9</sup>. Ele trata de uma situação concreta, em que o estado impediu um servidor público de continuar a exercer dois cargos plenamente acumuláveis. Nesse caso, o servidor já exercia os dois cargos, no momento em que foi impedido de fazê-lo.

Verifica-se, desse modo, que a chance perdida de possibilidade de obtenção de um dano provável é a própria vantagem. Assim, o informativo delineia que não se deve aplicar a fixação da quantificação indenizatória por meio da teoria da perda de uma chance, mas sim por meio da efetiva extensão do dano causado, conforme explicitado no Art. 944 do CC<sup>10</sup>.

O informativo é proveniente do REsp 1.308.719-MG, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 25.06.2013, com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EQUIVOCADAMENTE CONCLUIU PELA INACUMULABILIDADE DOS CARGOS JÁ EXERCIDOS. NÃO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HIPÓTESE EM QUE OS CARGOS PÚBLICOS JÁ ESTAVAM OCUPADOS PELOS RECORRENTES. EVENTO CERTO SOBRE O QUAL NÃO RESTA DÚVIDAS. NOVA MENSURAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO

---

<sup>9</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Na fixação do valor da indenização, não se deve aplicar o critério referente à teoria da perda da chance, e sim o da efetiva extensão do dano causado (art. 944 do CC), na hipótese em que o Estado tenha sido condenado por impedir servidor público, em razão de interpretação equivocada, de continuar a exercer de forma cumulativa dois cargos públicos regularmente acumuláveis. Na hipótese de perda da chance, o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que há que fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. Contudo, na situação em análise, o dano sofrido não advém da **perda de uma chance**, pois o servidor já exercia ambos os cargos no momento em que foi indevidamente impedido de fazê-lo, sendo este um evento certo, em relação ao qual não restam dúvidas. Não se trata, portanto, da **perda de uma chance** de exercício cumulativo de ambos os cargos, porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal gerou dano de caráter certo e determinado, que deve ser indenizado de acordo com sua efetiva extensão (art. 944 do CC). **REsp 1.308.719-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25/6/2013.** SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20130101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180601&livre=%22PERDA+DE+UMA+CHANCE%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 11 jun. 2018.

<sup>10</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO.

1. A teoria da perda de uma chance tem sido admitida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma das modalidades possíveis de mensuração do dano em sede de responsabilidade civil. Esta modalidade de reparação do dano tem como fundamento a probabilidade e uma certeza, que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Precedente do STJ.

**2. Essencialmente, esta construção teórica implica num novo critério de mensuração do dano causado. Isso porque o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo que "há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização.**

3. Esta teoria tem sido admitida não só no âmbito das relações privadas stricto sensu, mas também em sede de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, embora haja delineamentos específicos no que tange à interpretação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é certo que o ente público também está obrigado à reparação quando, por sua conduta ou omissão, provoca a perda de uma chance do cidadão de gozar de determinado benefício.

4. No caso em tela, conforme excerto retirado do acórdão, o Tribunal a quo entendeu pela aplicação deste fundamento sob o argumento de que a parte ora recorrente perdeu a chance de continuarem exercendo um cargo público tendo em vista a interpretação equivocada por parte da Administração Pública quanto à impossibilidade de acumulação de ambos.

5. Ocorre que o dano sofrido pela parte ora recorrente de ordem material não advém da perda de uma chance. Isso porque, no caso dos autos, os recorrentes já exerciam ambos os cargos de profissionais de saúde de forma regular, sendo este um evento certo sobre o qual não resta dúvidas. **Não se trata de perda de uma chance de exercício de ambos os cargos públicos porque isso já ocorria, sendo que o ato ilícito imputado ao ente estatal implicou efetivamente em prejuízo de ordem certa e determinada.** A questão assim deve continuar sendo analisada sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Estado, devendo portanto ser redimensionado o dano causado, e, por conseguinte, a extensão da sua reparação.

6. Assim, afastado o fundamento adotado pelo Tribunal a quo para servir de base à conclusão alcançada, e, considerando que a mensuração da extensão do dano é matéria que demanda eminentemente a análise do conjunto fático e probatório constante, devem os autos retornarem ao Tribunal de Justiça a quo a fim de que possa ser arbitrado o valor da indenização nos termos do art. 944 do Código Civil.

7. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta extensão, provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.308.719 – MG. Recorrente: Vera Lúcia Ribeiro de Souza. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Mauro Campbell Marques, julgado em 25.06.2013) **(Sem grifos no original)**

No julgado, o Tribunal do Estado de Minas Gerais entendeu que a teoria da perda de uma chance deveria ser aplicada ao caso. Em que pese tal entendimento, o relator delineou que o prejuízo a ser indenizado é o dano final, porque o lesado já tinha assumido os cargos no momento do ato lesivo, não perdendo, portanto, a oportunidade de exercê-los.

É proveitoso o posicionamento do Ministro Relator, uma vez que é observado através do estudo do julgado, que a teoria da perda de uma chance é muitas vezes utilizada de

maneira equivocada pelos tribunais inferiores. Acredita-se que nesse informativo, a sua natureza jurídica das chances perdidas nem mesmo deve ser discutida, pois não se trata de um caso de chance perdida. Repisa-se não se perdeu uma oportunidade, uma vez que o servidor já cumulava os dois cargos no momento em que lhe foi tolhido o direito. Nos termos dos ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva, percebe-se que em muitas situações não ficou consolidada uma boa base doutrinária para o assentamento da teoria, ainda hoje, o que ocasiona equívocos conceituais graves (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 206-207).

O terceiro informativo jurisprudencial é o de nº 0528, de 23 de outubro de 2013, da terceira turma do STJ<sup>11</sup>. Trata da aceitação da teoria da perda de uma chance no seguinte caso: um participante, de um programa televisivo de perguntas e respostas, respondeu de maneira correta uma questão, todavia a bibliografia indicada pelo programa indicava outra resposta. O acórdão de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 13.08.2013, consignou que o concurso se relacionava a um determinado clube de futebol e não a bibliografia indicada no certame, devendo-se aplicar a boa-fé objetiva. O julgado ficou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA TELEVISIVO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS - BOA-FÉ OBJETIVA DO PARTICIPANTE - CONTRATO QUE ESTABELECEIA OBRA-BASE COMPOSTA DE DUAS PARTES, UMA REAL E OUTRA FICTÍCIA - CONTRATO QUE NÃO OBRIGAVA A RESPONDER ERRADO DE ACORDO COM PARTE FICTÍCIA DA OBRA-BASE - PERDA DE UMA CHANCE - PECULIARIDADES DO CASO - PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5, 7, 282 e 356 DO STF.

<sup>11</sup> DIREITO CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE.

A emissora responsável pela veiculação de programa televisivo de perguntas e respostas deve indenizar, pela perda de uma chance, o participante do programa que, apesar de responder corretamente a pergunta sobre determinado time de futebol, tenha sido indevidamente desclassificado, ao ter sua resposta considerada errada por estar em desacordo com parte fantasiosa de livro adotado como bibliografia básica para as perguntas formuladas. De fato, nos contratos de promessa de recompensa por concurso, vale a regra geral de que os concorrentes, ao participarem do concurso, sabem de suas condições e a elas se submetem. Dentre essas condições, está a de se submeter ao pronunciamento dos julgadores do concurso. Entretanto, em casos excepcionalíssimos, é possível que se reconheça a nulidade desse julgamento. Na situação em análise, houve erro no julgamento, o qual foi efetuado em discordância com a verdade dos fatos - fundando-se apenas na parte fictícia de livro adotado contratualmente como bibliografia básica -, configurando-se, assim, hipótese excepcionalíssima apta a afastar a incidência da regra da infalibilidade do julgador. Ademais, o concurso era sobre determinado clube de futebol - e não sobre o livro adotado como bibliografia -, razão pela qual inadmissível exigir que o participante respondesse erradamente, afastando-se da realidade dos fatos atinentes ao clube. Nesse contexto, deve ser aplicada a regra da boa-fé objetiva em prol do participante e em detrimento da organizadora do certame, ao mesmo tempo em que há de ser aplicada a regra segundo a qual o contrato será interpretado em detrimento do estipulante. **REsp 1.383.437-SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 13/8/2013. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20130101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180601&livre=%22PERDA+DE+UMA+CHANCE%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 11 jun. 2018.

**1.- Programa "Vinte e Um", de que participante candidato cujo contrato de participação com a emissora televisiva, como firmado pelo Acórdão, "continha cláusula expressa no sentido de que a bibliografia básica para a formulação da perguntas seria uma determinada obra - 'Corinthians é Preto no Branco', a qual continha uma parte verdadeira, de cor preta, e uma parte fictícia, de cor branca, tendo o candidato sido desclassificado por responder o resultado correto de uma partida, que não se encontrava na parte correta, de cor preta, mas que constava, com resultado errado diverso, na parte fictícia de cor branca.**

**2.- Acórdão que reconhece direito a indenização por perda de uma chance de passagem a etapa seguinte,** sob o fundamento de que "o que está implícito na cláusula contratual, a ser interpretada segundo o princípio da boa-fé objetiva e a causa do negócio jurídico, é que os dados reais, contidos na parte preta do livro, é que seriam levados em conta para a aferição da correção das respostas", de modo que, não constando, a resposta correta, da parte verdadeira, "eventual dubiedade, imprecisão ou contradição da cláusula deve ser interpretada contra quem a redigiu, no caso o réu STB", sendo que o julgamento "somente admitiria a improcedência da ação caso constasse da cláusula contratual o seguinte: I) a bibliografia que serviria como base das perguntas e respostas abrangerá a parte branca e a parte preta do livro; II) o programa de televisão versasse sobre o livro, e não sobre a história real do Corinthians".

3.- Acórdão que, por fim, funda-se também em "direito difuso à informação exata, desinteressada e transparente", ao passo que, "no caso concreto, o que foi vendido ao público telespectador é que um candidato responderia questões variadas sobre o Corinthians, e não sobre uma obra de ficção sobre o Corinthians", de modo que, não constando regência contratual do caso pela parte ficcional do livro-base, "é evidente que se na parte ficcional do livro (parte branca) constasse que o Corinthians venceu por dez vezes a Taça Libertadores da América, e por dez vezes foi campeão do mundo" e se se "formulasse questão a respeito, a resposta do autor não poderia ser irreal, sob pena de comprometer o formato do programa e frustrar o próprio interesse do público".

4.- Inocorrência de violação do disposto no art. 859 e parágrafos do CC/2002 pela procedência da ação.

**5.- Interpretação do contrato dada pelo Tribunal de origem, após julgamento em Embargos Infringentes, a qual não pode ser alterada por esta Corte, sob pena de infringência da Súmula 5/STJ; fatos ocorridos, que igualmente não podem ser reexaminados, por vedado pela Súmula 7/STJ; ausência, ademais, de prequestionamento, sem interposição de Embargos de Declaração, o que leva à incidência das Súmulas 282 e 356/STF.**

**6.- Recurso Especial improvido.**

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.383.437 – SP. Recorrente: Tvsbt - Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: Julio Augusto de Souza. Relator: Sidnei Beneti, julgado em 27.08.2013). **(Sem grifos no original)**

No caso em análise, diferentemente do magistrado de primeiro grau, e acompanhando o tribunal inferior, o Ministro relator delineou que o concurso servia para a averiguação de conhecimentos sobre o clube, não se podendo exigir do autor que fosse fornecida a resposta equivocada. Desse modo, manteve-se a condenação da perda de uma chance a empresa ré, negando-se a ela provimento ao recurso especial. Novamente, o Tribunal não enfrentou a natureza jurídica das chances perdidas.



Os três informativos jurisprudenciais delineados acima foram prontamente encontrados no sítio do Tribunal Superior, com o parâmetro de pesquisa adotado. Contudo, ao estudar as decisões encontradas, deparou-se com uma, do final do ano de 2012, de suma relevância para a presente monografia. Dela decorreram dois informativos jurisprudenciais do período de 06 de março de 2013. Acredita-se que ambos não apareceram na ferramenta busca em razão da data de julgamento do REsp 1.254.141-PR ser de 04 de dezembro de 2012.

Os informativos são provenientes do REsp 1.254.141-PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. O primeiro<sup>12</sup> trata da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance na seara média e da não mitigação do nexo de causalidade da teoria. O segundo<sup>13</sup> relaciona-se a quantificação do valor da indenização pela perda das chances na seara médica. Por partes.

O recurso especial foi interposto pelo médico em face do espólio da vítima, representado pelo viúvo. O processo discutia a perda da chance de sobrevivência da paciente, em decorrência de uma série de condutas médicas que ocasionaram no óbito da vítima por câncer de mama.

---

**<sup>12</sup> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCASIONADA POR ERRO MÉDICO.**

**A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico.** De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

**<sup>13</sup> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.**

**Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico.** Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

Disponível em

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&data=%40DTDE+%3E%3D+20130101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180601&livre=%22PERDA+DE+UMA+CHANCE%22&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 11 jun. 2018.

Em sede exordial, os autores aduziram que não fora recomendado a paciente a realização de quimioterapia. Além disso, alegaram que a retirada da mama foi feita de forma parcial (quadrantectomia), sendo indicado para o caso a retirada total do seio. Sustentaram que não foi orientado a vítima que ela não poderia mais engravidar. Diante disso, a doença reapareceu, ao passo que os requerentes alegaram que novamente o tratamento foi aplicado de maneira inadequada, tendo sido a metástase negada pelo médico.

O acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possuía a seguinte ementa:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

**3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.**

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.254.141 - PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira - Espólio e Outros. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 04.12.2012). **(Sem grifos no original)**

O recorrente salienta, em seu recurso especial, que não haveria razão para a sua condenação amparada na teoria da perda de uma chance, uma vez que não estaria presente o nexo de causalidade. Sustenta que o acórdão admite que em situações de perda da chance é possível que o dano se verificasse sem a sua conduta. Desse modo, denota que condenação restaria prejudicada, pois o dano não teria efeito direto e imediato de sua conduta.

O caso, como bem ilustrado pela julgadora, levou o Superior Tribunal de Justiça ao enfretamento de uma questão não analisada antes acerca das chances perdidas. Isso porque até então, o enfoque dado a teoria se restringia a casos de perda da chance clássica: frustração da oportunidade de um ganho. Nessa esfera, o Egrégio Tribunal já se deparou e concedeu o ressarcimento da perda de uma chance em situações como a de um candidato que foi impedido de realizar de um Concurso Público (EREsp 825.037/DF), um candidato a vereador que perdeu as eleições por poucos votos, em razão de uma notícia falsa presta a data eleição (REsp 821.004/MG) ou do caso em que o candidato foi desclassificado em um programa de TV de perguntas e respostas (REsp 788.459/BA).

Nancy Andrih afirma que, em situações como essa, não obstante haver incerteza quanto à extensão ou existência do dano, há certeza da autoria de quem efetuou o ato ilícito e ensejou a perda da possibilidade. Dessa maneira o quantum indenizatório estaria intrínseco a redução da porcentagem que poderia ser auferida pela vítima.

De modo oposto, o julgado tratou de uma hipótese em que a perda da chance da profilaxia correta não interrompeu o dano e levou a paciente à morte. Há incerteza, portanto, se a conduta do réu teria sido uma concausa do dano. A julgadora narra que a alegada ausência de nexo de causalidade se mostra relevante porque não se tem dúvida acerca da consequência. Por óbvio: a conduta adotada pelo clínico não provocou a doença na vítima, mas lhe cerceou chances de sobrevivência. Diante da entrada nesta temática, acredita-se ser interessante mencionar a análise doutrinária realizada pela relatora, para que se voto fosse pelo conhecimento e não provimento do recurso.

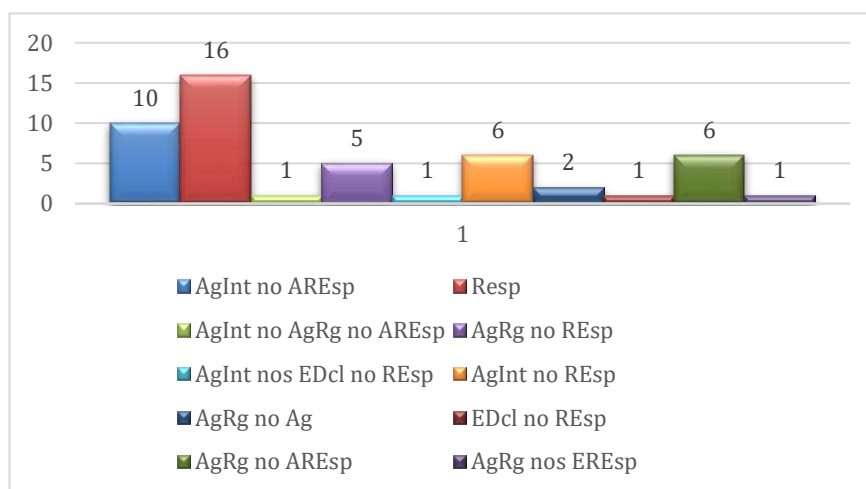
A Ministra afirma que Fernando Noronha e Rafael Peteffi da Silva reconhecem o debate existente no direito francês quanto ao tema. O pioneiro, em França, a negar a indenização da perda da chance na seara médica efetuando esta diferenciação foi René Savatier. Ao delinear os principais defensores desta teoria, a relatora relembra Jean Penneau, que em sua obra *“La responsabilité du medecin”*, aduziu que quando há certeza acerca do resultado e incerteza quando a causa propulsora, não é possível simplesmente reduzir proporcionalmente o montante indenizatório. O autor citado acredita, que em situações como a do caso proferido pela Douta Julgadora deve ser realizado uma apuração probatória dos fatos a fim de que se comprove o nexo de causalidade e a culpa, concedendo-se, pois, uma indenização integral a vítima. Ou seja, em casos de responsabilidade civil na seara médica a regra estaria amparada em um padrão tudo ou nada de responsabilidade civil: havendo dúvida acerca do nexo causal o pedido seria considerado improcedente.

A decisão, entretanto, explica que não se pode retirar os casos de responsabilidade civil médica da doutrina da perda de uma chance. Assevera que diferenciação entre a perda das chances clássicas e a perda das chances na seara médica são estabelecidas, ao ver da julgadora de maneira equivocada, no processo de mitigação do nexo de causalidade. Isso porque admitir que há dúvida se o dano decorreu do ato do réu, implicaria no rompimento da “*conditio sine qua non*” que baseia todo o sistema de matriz romano-germânico.

A saída encontrada pela julgadora foi a negativa da mitigação do nexo de causalidade. Dessa forma, a natureza jurídica das chances perdidas estaria consubstanciada em uma modalidade autônoma de indenização, sendo plenamente possível de ser atribuída ao agente em situações em que não se consegue apurar a “*responsabilidade direta do agente pelo dano final*”. Dessa maneira, o agente “*não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente*”, o que soluciona a complexidade atribuída para a apuração do nexo causal. Acompanhando as impressões do TJ/PR reputou-se que foram frustradas chances sérias e objetivas de cura ou melhora da paciente.

Todavia, no que se refere ao quantum indenizatório, o acórdão deu parcial provimento ao pleito do recorrente que visava a diminuição do valor arbitrado em segundo grau. Isso porque o TJ/PR deixou de analisar a redução proporcional, a qual é exigida nos casos de perda de uma chance. Passa-se, neste momento, a análise das 49 (quarenta e nove) decisões encontradas no sítio do Tribunal Superior. Estatisticamente, é possível se afirmar que a maior parte das decisões se referem a Recursos Especiais, conforme se depreende da figura abaixo:

**Figura 4** – Análise Processual acerca das decisões que trataram das chances perdidas no lapso temporal pesquisado



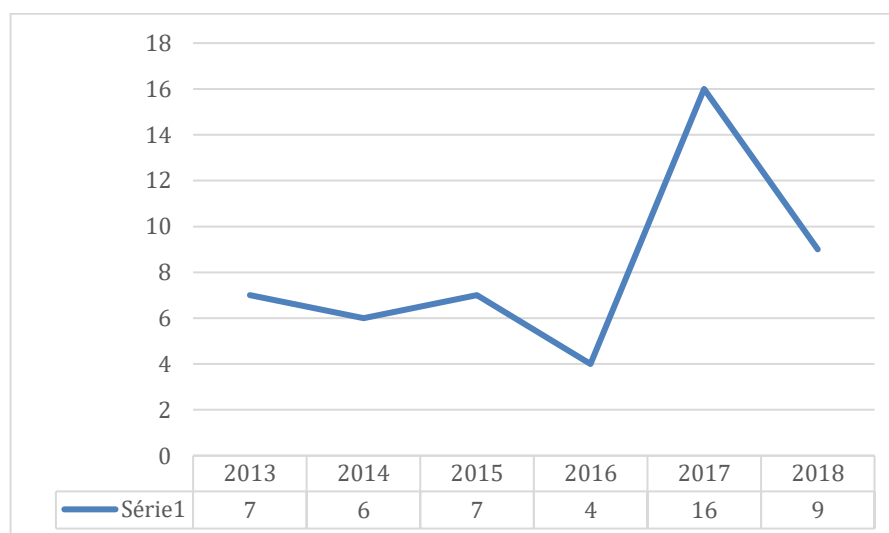
**Fonte:** Elaboração própria a partir dos dados encontrados no sítio do Superior Tribunal de Justiça

Pertinente mencionar que a maior parte dos acórdãos estudados são recursos especiais, no entanto a maioria deles encontra óbice na Súmula 7 do STJ<sup>14</sup>, a qual trata da impossibilidade de reexame de matéria fática pelo Tribunal Superior. De todo o modo, ao se tratar de indenização por danos morais - muitas vezes postulados conjuntamente com a perda das chances – o Superior Tribunal de Justiça, por considerar o valor irrisório ou exorbitante, reexamina o valor fixado pelas instâncias inferiores sem que isso se repete como uma afronta a referida súmula.

Embora a situação narrada seja a causa de certa insegurança jurídica aos litigantes, elas viabilizaram a pesquisa um maior aprofundamento na temática das chances perdidas. Isso porque grande maioria dos acórdãos entrava na discussão da perda de uma chance, para argumentar que o valor adotado era exorbitante, ou que o caso buscava mero reexame probatório.

Em termos quantitativos, as decisões que visaram contemplar o tema no período analisado tiveram um maior aumento no ano de 2017. Observa-se:

**Figura 5** – Análise quantitativa das decisões que trataram acerca das chances perdidas no lapso temporal pesquisado



**Fonte:** Elaboração própria a partir dos dados encontrados no sítio do Superior Tribunal de Justiça

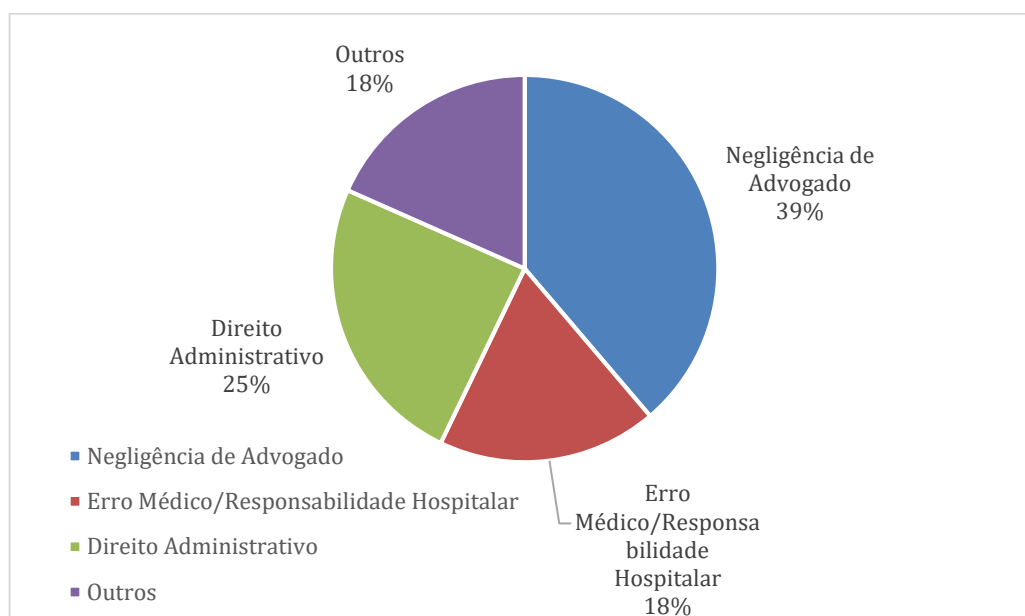
Verifica-se que nos anos de 2017 e 2018 a quantidade de julgados que chegaram ao STJ relacionados as chances perdidas tiveram um salto. Frisa-se que o ano de 2018 foi

<sup>14</sup> Súmula 7. A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf)> Acessado em 18.06.2018

analisado tão somente até o dia 1º de junho, e, é o segundo ano, desde 2013, que mais discutiu o assunto. Dentre os temas mais debatidos nos seis meses do ano de 2018, estão desde casos clássicos ligados a negligência dos advogados e erro médico/responsabilidade hospitalar, como também situações que fogem a outras já julgadas pelo STJ, como, por exemplo, a perda da chance de um emprego pela falta de entrega de diploma.

Observando-se as temáticas mais recorrentes acerca da teoria examinada, vislumbra-se que a maioria dos casos se referem a imperícia médica e responsabilidade hospitalar e negligência de operadores jurídicos. Pondere-se sobre o tema com a figura abaixo:

**Figura 6** – Análise qualitativa das decisões que trataram acerca das chances perdidas no lapso temporal pesquisado



**Fonte:** Elaboração própria a partir dos dados encontrados no sítio do Superior Tribunal de Justiça

Vislumbra-se, ainda, que possuem grande relevância para a conjuntura estudada os casos de perda de uma chance dentro do Direito Administrativo. Classificou-se deste modo por esses se relacionarem, por exemplo, a perda de chance de êxito em processo administrativo, perda da chance por extravio de processo administrativo, por interrupção no fornecimento de medicamentos, por desapropriação de terreno, dentre outros. Já o que foi agrupado como outros, são situações únicas que não são passíveis de agrupamento com casos semelhantes no lapso examinado, tais como programas televisivos, atraso de voo, falha na prestação de serviço, entre outros.

De todo modo, como já relatado, pouquíssimos casos esmiuçaram de maneira clara a natureza jurídica das chances perdidas. Em verdade dois julgados bateram de frente com o tema, motivo pelo qual passa-se agora a abordá-los.

O recurso especial nº 1.662.338 – SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 12.12.2017, é o julgado mais recente que trata explicitamente acerca da natureza jurídica da perda de uma chance. A decisão possui a seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA. 1. Ação ajuizada em 14/11/2003. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral.

3. **A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente.** Precedentes.

4. **A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance.** Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal.

5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica.

7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido.

Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.662.338 - SP. Recorrente: Geraldo Alves Ferreira Filho, Maria Silvia Waldemarin Ferreira e Marcio Antonio Arantes. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 12.12.2017) **(Sem grifos no original).**

O caso se deu no dia 13.10.2002, de madrugada, quando a vítima Maria Fernanda acordou a casa aos gritos. Nessa oportunidade, suas mãos ficaram paralisadas e estáticas, perdeu a fala (somente balbuciava palavras sem nexo) e o controle fisiológico (estava toda suja de fezes). Ao ser levada para o pronto-socorro, o médico receitou um medicamento denominado “Dormonid”. Após um curto lapso temporal em observação, teve alta as 10h00, sendo alertada de como deveria se dar a sua alimentação e que deveria retornar no outro dia

para a realização de exames. Já em casa, a paciente faleceu as 17h00, em decorrência de um Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico.

O processo discutiu se a conduta clínica adotada pelo médico teria tolhido da vítima suas chances de sobrevivência. Tratou-se de uma ação de compensação por danos morais, ajuizada pelos genitores, em face do médico que, supostamente, teria agido de maneira imperita o que culminou na morte da filha do casal. Em primeiro os autores obtiveram ganho de causa, sendo o réu condenado ao pagamento do montante de 1.000 (mil) salários mínimos. Em segundo grau o quantum indenizatório foi reduzido ao valor de R\$ 124.400,00 (cento e vinte e quatro mil e quatrocentos reais).

O acórdão de segundo grau salientou que a paciente necessitava de um maior monitoramento médico, internação ou realização de exames. Nesse feito, entendeu haver culpa face a negligência médica, responsabilizando o profissional. Delineou, entretanto, que essa culpa não seria gravíssima, tendo em vista o histórico da vítima: ela apresentou melhora após a medicação, possuía apenas 21 anos, era atleta, saudável e sem histórico de problemas neurológicos. Concluiu que haveria erro teria retirado as chances de sobrevivência da paciente, devendo o histórico pessoal da vítima ser levado em consideração para o arbitramento do valor reparatório. Interessante ressaltar que o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo delineou que estavam presentes todos os elementos da responsabilidade civil, estando o nexo de causalidade estabelecido com a falta de cuidados médicos em um quadro que inspirava precauções, reduzindo as chances da vítima.

Ambas as partes recorreram ao STJ, os pais em razão da diminuição do valor da indenização e o médico aduzindo que não haveria espaço para a aplicação da teoria da perda de uma chance, aduzindo que o evento seria raro e extraordinário, não havendo falar em dano real, atual e certo.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrigh registrou que a teoria da perda de uma chance não mitigaria de nenhuma forma a visão tradicional da responsabilidade civil, a qual necessita da demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano. A Relatora asseverou que acredita ser dispensável a diferenciação entre o dano proporcionado pelo agravamento da doença ou pelo óbito e a perda de uma chance pela possibilidade de cura ou sobrevida digna. *In verbis*:

Insisto que é forçoso distinguir que o dano não se refere ao agravamento da doença ou o óbito, mas sim à chance perdida de uma possibilidade de cura ou sobrevida mais digna. Assim, **a perda de uma chance de sobrevivência**



**ou de cura “consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou à paciente.** Com isso, resolve-se, de **maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar”** (REsp 1254141/PR, de minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 20/02/2013) - REsp 1662338/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 02/02/2018) (Sem grifos no original)

É notável que a relatora não entrou no debate acerca do abrandamento do nexo causal, contudo a interpretação o julgado provoca a ideia de que apoiada na teoria tradicional da responsabilidade civil, a Ministra aponta que aquele deve estar bem delineado. Pertinente, também, lembrar que o voto, como nenhum dos outros cinquenta apurados no STJ, cuidou de sistematizar a teoria entre perda das chances clássicas e perda das chances na seara médica.

A relatora salientou que se mantendo as conclusões probatórias contidas no acórdão recorrido, o Acidente Vascular Cerebral Hemorrágico frustrou a possibilidade de sobrevivência da paciente. Ou seja, confirmou a aplicação da teoria da perda de uma chance. Delineou que os critérios adotados pela Terceira Turma no debate referente a erros médicos são três:

(i) uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo; (ii) uma ação ou omissão do defensor que tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético (REsp 1104665/RS, DJe 04/08/2009; REsp 1254141/PR, DJe de 20/02/2013; REsp 1622538/MS, DJe 24/03/2017).

Observando-se esses critérios a relatora votou no sentido de negar a existência de erro médico capaz de ensejar a frustração das chances de sobrevida da paciente. Frisou, tal qual fez o TJ/SP, que filha dos requerentes era jovem (possuía apenas 21 anos), saudável, atleta e sem histórico de problemas neurológicos. Desse modo, enfatizou que a morte estaria atrelada a um evento *“raro e extraordinário ligado a ciência médica”*, não possuindo a conduta efetuada com o médico uma causa autônoma e suficiente para o óbito.

Destarte, considerando-se as chances remotas, o recurso foi conhecido e provido, eximindo o réu de qualquer condenação e invertendo-se os honorários sucumbenciais. Ressalta-se, nesse ponto que os familiares da vítima foram do ápice do ressarcimento com a condenação do médico em primeiro grau, ao pagamento de honorários sucumbenciais com o

acórdão do STJ. Isso leva a crer que ainda existem diversas dúvidas quanto a escorreita aplicação da teoria.

Já o REsp 1677083/SP, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14.11.2017, interpretando outro caso de perda das chances na seara médica, confirmou o acórdão de segundo grau, garantindo-se a indenização a vítima em uma situação em que a prova do nexo de causalidade era ainda mais tênue. Transcreve-se o resumo da decisão abaixo:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o **dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro**, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).

3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.

4. **À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o dano final.**

5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente.

6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar.

7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.

8. **Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida.**

9. Recurso especial não provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.677.083 - SP. Recorrente: Hospital Alvorada Taguatinga Ltda. Recorrido: Rogério Rodrigues de Oliveira. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14.11.2017). **(Sem grifos no original)**

A conjuntura fática do caso em questão cinge-se a uma falha na prestação de serviços. Na situação, ora em comento, a paciente foi ao hospital (réu) por diversas vezes, mas não se conseguia constatar qual era a moléstia que lhe afligia. Relata o autor que sua falecida esposa, sentindo fortes dores de cabeça e desmaios, além de manchas arroxeadas pelo corpo e dificuldade de cicatrização em feridas, foi ao pronto socorro na data de 23.12.2010. Expõe que não obstante a narrativa de seus sintomas, um dos integrantes da equipe médica descreditou o que por ela foi mencionado, delineando que o que a paciente realmente gostaria seria um atestado médico para o abono da falta em seu emprego.

Diante disso, retornaram a sua residência. Na data de 24.12.2010, sua esposa, em razão da doença, desmaiou, caiu da escada e bateu a cabeça. A paciente faleceu em 25.12.2010, em virtude de um traumatismo cranioencefálico. O postulante alega que o desmaio se deu em função do quadro de leucemia o qual foi negligenciado pelos médicos que a acompanharam. Pleiteou os danos morais e materiais por ele sofridos.

A decisão do magistrado de 1º grau, com a observação do laudo técnico pericial contido nos autos, foi de que na data de 23.12.2010 a paciente constava com um quadro gravíssimo, compatível com Leucose Aguda. Nesses termos, face a negligência médica, a falha de diagnóstico e de seu tratamento, o pleito foi julgado procedente em parte, com a condenação da ré em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Já em segundo grau, o Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença para reduzir o quantum indenizatório arbitrado a título de danos morais para o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O TJ/SP delineou que em que pese a paciente ter se retirado do hospital após o recebimento do atestado médico, era dever da equipe alertá-la sobre a necessidade de permanecer no local ou avisá-la acerca dos resultados imediatamente após o conhecimento da gravidade que o caso inspirava. Asseverou que responsabilidade de clínicas e hospitais pelo fato do serviço é objetiva, sendo, também, reconhecida a teoria da perda de uma chance. Essa em razão de que caso a paciente tivesse ficado internada no local, a sua queda poderia ter sido evitada e conseqüentemente a evolução na moléstia que provocou a sua morte.

Com a subida dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas apontou uma interessante lição de Cavalieri Filho (2014, p. 104)<sup>15</sup>, aplicando-a ao caso

---

<sup>15</sup> Em última instância, o problema gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. **Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do**

por ele analisado. Ressaltou que nele a problemática gira, novamente, em torno do nexo de causalidade, porque a conduta aplicada pelo médico não ocasionou a morte da paciente – ou seja, o dano –, contudo a fez perder uma possibilidade de sobrevivência.

O ilustre julgador cita partes do voto da Ministra Nancy Andrigh no REsp 1.254.141/PR (já pormenorizado nessa pesquisa), destacando que o liame causal do caso em apreço é ainda mais tênue. Denota que o raciocínio adotado por Nancy Andrigh, naquela oportunidade, afasta o debate relacionado ao nexo de causalidade entre a conduta médica (omissiva ou comissiva) e o dano, uma vez que aponta perda da chance seria um bem jurídico autônomo, retirado do ofendido de forma indevida.

O Ministro reitera que a paciente não foi a óbito porque seu diagnóstico foi realizado tardiamente, mas porque a queda da escadaria lhe desencadeou traumatismo cranioencefálico, um dia após sua última consulta. Destarte, o julgador passa a esmiuçar a existência do nexo causal entre o acidente doméstico e as tonturas que motivaram a vítima a procurar ajuda médica.

Para tanto, baseia-se, principalmente, no fato de que a vítima procurou atenção médica a partir de 04.12.2010. Todavia, apenas em 23.12.2010 lhe foi solicitada a realização de um hemograma completo, um exame de laboratorial simples e que detectaria a doença que acometia a paciente. O lapso temporal decorrido demonstra, mais uma vez, a negligência hospitalar. Além disso, o Ministro destaca que com a entrega do atestado médico de 2 (dois) dias e a recomendação de repouso, é factível que a vítima venha se retirar da unidade, uma vez que essa lhe foi a atitude recomendada. Portanto, cai por terra o argumento do hospital de que cabia a vítima a decisão de lá aguardar, porque, ante a importância do exame, a advertência de sua permanência deveria ter sido realizada por ele. Ademais, a perícia judicial apontou que o diagnóstico extemporâneo da moléstia, contribuiu para não se conseguisse reverter a hemorragia intracraniana e assim o resultado morte, pois a enfermidade afetou o número de plaquetas, elemento importante para a coagulação sanguínea.

O julgador salientou que em casos de perda de uma chance, não é necessário que nexo de causalidade se estabeleça diretamente com o resultado morte, podendo, tão somente, se referir a conduta negligente do hospital e a oportunidade perdida que o prognóstico correto poderia lhe acarretar. O Douto Ministro não nega que o resultado morte poderia ter acontecido

---

**dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade.** Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. **Se houver erro médico e esse erro provocar *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico.**" (REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

de outra forma, mas assevera que a conduta negligente dos médicos aumentou as chances de ocorrência do dano final verificado.

Sendo assim, foi negado provimento ao recurso e mantido o valor da indenização, tendo-se em vista que o valor arbitrado em segundo grau não foi considerado exorbitante. Caso o fosse, seria permitido o afastamento da súmula 7 do STJ, para o reexame do montante indenizatório fixado.

Analisa-se, na próxima seção, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de onde são provenientes os acórdãos que mais trataram sobre o assunto pesquisado.

## 4.2 Tribunais Estaduais

Como já mencionado, o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi o local onde melhor se encontrou decisões delineando a natureza jurídica das chances perdidas. Não obstante as decisões não denotem abertamente a expressão “natureza jurídica”, delineiam as chances perdidas como uma espécie de dano autônomo.

A primeira decisão encontrada ao delinear as características da chance perdida adota a explicação do autor Sérgio Savi, aduzindo ser autônomo o dano enfrentado pela vítima e independente do resultado final<sup>16</sup>. O caso foi ementado da seguinte maneira:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - INTERCÂMBIO DE JOVEM A FAMÍLIA NORTE-AMERICANA - INADIMPLÊNCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS - DANOS QUE, NO CASO, DECORREM DA PERDA DA CHANCE DE OBTENÇÃO DO PROVEITO ECONÔMICO E CULTURAL PROMETIDO QUANDO DA CONTRATAÇÃO - INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER ARBITRADA POR EQUIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

\*\*A frustração de uma expectativa, mesmo quando pecuniariamente apreciável, não pode ser classificada como dano material, pois só afeta a ordem pessoal do ofendido. Na verdade, mesmo se considerada a obrigação de fim assumida pela prestadora de serviços, por certo é que o cumprimento da obrigação não propiciaria, por si só, os ganhos demandados na petição inicial, pois o autor dependeria de obtenção de visto junto ao consulado norte-americano e admissão da imigração do mesmo país. Tem-

---

<sup>16</sup> A teoria da chance, como discorre Sérgio Savi, "tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria. Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Para tanto, a teoria faz uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo". (TJSP; Apelação Com Revisão 9161230-54.2007.8.26.0000; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro de Bauru - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 13/08/2007; Data de Registro: 14/08/2007)

se, pois, que o autor, com o inadimplemento, apenas perdeu a 'chance' de obter ganho patrimonial e cultural advindos do intercâmbio ".

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Com Revisão 9161230-54.2007.8.26.0000. Apelante: Care Serviços Culturais S/C Ltda. Apelado: Renato Slobodticov. Relator: Artur Marques, julgado em 13.08.2007)

No caso em tela, a vítima procurou a empresa ré contratando-a para a intermediação de um intercâmbio com família estadunidense. Os valores contratualmente acertados seriam, inicialmente, de US\$ 300,00 (trezentos dólares), os quais teriam acrescidos mais US\$ 350,00 (trezentos e cinquenta dólares) com a entrega de “dossiê”, além de US\$ 750,00 (setecentos e cinquenta dólares), para que fosse validado o “IAP-66”. Como retorno, o jovem receberia a cada semana US\$ 139,00 (cento e trinta e nove dólares) em razão da prestação de serviços à família americana e o bônus de US\$ 500,00 (quinhentos dólares) no fim do programa.

Contudo, não tendo a empresa ré cumprido com os termos estabelecidos contratualmente, a vítima postulou que lhe fossem ressarcidos os danos emergentes.

Em primeiro grau, o magistrado entendeu que a obrigação da ré era de resultado e não de meio. Dessa forma, o julgador delineou que o decurso do prazo para que o serviço fosse prestado caracteriza inadimplemento contratual. Assim, condenou a ré ao pagamento da quantia de US\$8.369,65 (oito mil, trezentos e sessenta e nove dólares e sessenta e cinco centavos de dólar), a qual seria recebida pelo autor, caso o intercâmbio tivesse se consolidado.

Com o recurso da requerida o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo explicou que danos emergentes se relacionam apenas com o montante que o sujeito realmente experimentou e que lucro cessante seria aquilo que ele deixou de receber, sendo ambos, espécies do gênero dano material. Dessa forma, os danos extrapatrimoniais não estariam abrangidos.

O acórdão, por outro lado, aponta que a frustração de uma expectativa não está compreendida dentro do conceito de dano material, porquanto está envolvido na ordem pessoal do ofendido. Sendo assim, não obstante ser a obrigação de fim ela não geraria apenas ganhos, como também estaria atrelada a variáveis como a obtenção do visto norte americano e a admissão pela imigração daquele país. Portanto, o Douto julgador explicou que a vítima, no caso estudado, apenas perdeu a chance de obtenção de ganhos culturais (com o intercâmbio) e patrimoniais.

Desse modo, a ré foi condenada ao pagamento de indenização de valor relativo à 30 (trinta) salários mínimos.

O segundo acórdão estudado se relaciona a perda de uma chance pleiteada em face da negligência do advogado parte, constituído para a sua defesa em uma demanda acidentária. A autora, naquela oportunidade, postulava a percepção de auxílio acidente em razão da

diminuição de sua capacidade laborativa. Em que pese demanda ter sido julgada procedente em parte, em âmbito recursal o julgamento foi convertido em diligência, a pedido da ré, iniciando-se a desídia de seu patrono. A autora relatou que o Recurso Especial foi protocolado no último dia de prazo, pelo que não foi conhecido. Além disso, narra que em sede de agravo de instrumento não foram acostadas as cópias das peças indispensáveis ao conhecimento do Recurso.

Em primeiro grau a demanda foi julgada improcedente, fundamentando a magistrada de piso que o julgamento fora convertido em diligência em função da ausência de nexos causal naqueles autos. Dessa forma, ambos os recursos (Recurso Especial e agravo de instrumento), não guardavam as mínimas condições para alterar o resultado da demanda. O Egrégio TJ/SP manteve a sentença do juízo *a quo*.

A ementa do acórdão de segundo grau vislumbra-se abaixo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AGRADO RETIDO CONTRA DECISÃO QUE ACOLHEU IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EXISTÊNCIA DE DÍVIDAS 'PER SI' NÃO CARACTERIZA AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO FINANCEIRA DE ARCAR COM CUSTAS E DESPESAS DO PROCESSO, EM PREJUÍZO DO SUSTENTO PRÓPRIO E FAMILIAR - ALEGADA FALHA NO DESEMPENHO DO MANDATO OUTORGADO PERDA DE UMA CHANCE INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR DESÍDIA DOS MANDATÁRIOS NÃO DEMONSTRADA INCERTEZA QUANTO AO CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO DE EVENTUAL RECURSO HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS IMPROCEDÊNCIA, HIPÓTESE DE FIXAÇÃO EQÜITATIVA, ART. 20, § 4º, DO CPC - IMPROVIDOS AGRAVOS RETIDOS REITERADOS, E PREJUDICADO AQUELE INTERPOSTO PELOS APELADOS CONTRA CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO CURSO DO PROCESSO, RESTA PARCIALMENTE ACOLHIDA A APELAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0002675-21.2008.8.26.0562. Apelante: Rosilma Menezes Roldan. Apelado: Franzese Advocacia e Outros. Relator: Francisco Casconi, julgado em 25.06.2013)

No caso em apreço, o TJ/SP entendeu que não haveria aplicação da teoria da perda de uma chance, uma vez que não existiam chances sérias e reais de a autora obter sucesso naquela ação. Além disso, asseverou que existem diversos requisitos para a admissibilidade dos recursos interpostos, e mesmo que aqueles fossem conhecidos as possibilidades de sucesso da autora no caso concreto seriam hipotéticas. O Desembargador salientou que a teoria da perda da chance deve ser dirimida de danos meramente hipotéticos, exigindo-se seriedade na possibilidade frustrada.

O terceiro acórdão escolhido trata da perda de uma chance no programa televisivo “Show do Milhão”. A autora em sede inicial narrou que adquiriu a “Revista do SBT” e enviou a cartela para concorrer a participação no programa “Show do Milhão”. Explicou que três vezes por semana eram sorteados doze participantes para cada dia de exibição do programa televisivo. Todos os doze sorteados saíam já com no mínimo R\$ 300,00 (trezentos reais). Todavia, delineia que nas semanas de 08.04.2002 a 28.04.2002 foram sorteados apenas 24 (vinte e quatro) participantes e os 12 (doze) foram substituídos por “celebridades”. Alega que o Código de Defesa do Consumidor prevê disposições contrárias a publicidade enganosa, pelo que postula indenização por danos morais no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

A sentença de primeiro grau julgou o pedido parcialmente procedente, contudo tal entendimento não foi confirmado pelo TJ/SP. O acórdão ficou ementado da seguinte forma:

Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Insurgência de ambas as partes. Agravo retido. Reiterado em razões de apelação. Não acolhimento. Agravo desprovido. Autora que pleiteia indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sob o fundamento de ter sido frustrada sua possibilidade de participação no programa televisivo conhecido como “Show do Milhão”. Sentença extra petita. Anulação. Causa madura. Mérito. Frustração de expectativa. Alegação de ocorrência de danos. Não configuração. Mera expectativa ínsita à modalidade de concurso. Sentença reformada. Recurso da autora desprovido. Recurso dos réus provido.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0037922-96.2005.8.26.0100. Apelante: Tvsbt - Canal 4 De São Paulo S/A e Bf Utilidades Domésticas Ltda e Regiane de Mello Alves. Apelado: Tvsbt - Canal 4 De São Paulo S/A, Bf Utilidades Domésticas Ltda, Regiane de Mello Alves e Senhor Abravanel. Relator: Mary Grün, julgado em 25.02.2015)

O acórdão considerou o caso gira em torno da frustração de expectativas da autora, estando intrinsecamente relacionado a perda de uma chance. A Desembargadora consignando seu entendimento pessoal de que a categoria das chances perdidas não seja autônoma, não identificou no caso afronta a teoria. Esclareceu não havia nenhuma chance séria e real de que a autora seria sorteada para o programa de TV. Ademais, o fato de que alguns candidatos tenham sido substituídos por determinados artistas não exclui a possibilidade da autora de ser também sorteada, não implicando lesão material ou moral. Dessa forma, o recurso dos réus foi conhecido e provido, isentando-os de qualquer condenação.

A última decisão selecionada trata acerca da perda de uma chance de cura em um processo movido contra operadora de saúde. Observe-se a ementa:



Ação de indenização por danos morais e estéticos devidos a retardo na liberação de guias de internação de cirurgia ótica, movida contra empresa de planos de saúde. Cegueira. Perda de uma chance de cura, indicada pela perícia, prova por excelência em casos como o presente. Responsabilidade objetiva da fornecedora. Independentemente da demonstração de sua culpa in elegendo ou in vigilando, desde que provada a culpa médica na forma do art. 951 do Código Civil ou do § 4º do art. 14 do CDC. Precedentes do STJ. Acumulação das reparações do dano estético e do dano moral, ainda que oriundos do mesmo fato. Súmula 387/STJ. Dano moral “in re ipsa”, dadas as circunstâncias do caso. Ofensa à esfera corporal da autora e à sua dignidade humana. Sentença de procedência essencialmente mantida, por seus próprios fundamentos (RITJSP, art. 252), reformada todavia para elevação do valor da indenização por danos morais e para condenação da fornecedora também na reparação do dano estético. Apelação da ré desprovida. Apelação da autora provida. Determinação de que a apuração do dano estético se dê em liquidação por arbitramento.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0005271-47.2011.8.26.05. Apelante: Delaine Monte Santo Duclos Portella. Apelado: Santamália Saúde S/A. Relator: Cesar Ciampolini, julgado em 24.11.2015)

O caso versou sobre a perda da chance de cura da vítima. Consoante se verifica da narrativa exposta no relatório, a vítima se sentiu mal na clínica da ré na data de 17.07.2010. Nessa oportunidade foi orientada a procurar um oftalmologista. Ao realizar a conduta prescrita pela própria ré lhe foi indicada a realização de cirurgia. Porém, a cirurgia foi negada pela ré, podendo a autora realizá-la apenas depois do deferimento de liminar judicial. Em razão da demora, a requerente ficou cega do olho esquerdo, pelo que postula pelos danos morais e estéticos.

O TJ/SP aplicando a teoria da perda de uma chance majorou a indenização fornecida pelo juízo a quo. Destacou que a vítima por culpa da ré teve seu tratamento após uma angustiante demanda judicial, perdendo a chance de se curar. O acórdão juntou algumas ementas de decisões semelhantes julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais dão conta de que a perda de uma chance deve ser considerada como um bem jurídico autônomo, não se sustentando a teoria da causalidade proporcional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa realizada e como resolução para o problema formulado, pode-se concluir que a teoria da perda de uma chance é uma teoria de origem francesa, que se consubstancia na possibilidade de se prover a vítima uma reparação pela perda da oportunidade de se auferir uma vantagem, ou, pela perda da chance de se evitar um prejuízo.

Examinou-se que o fator que torna possível a aplicação da perda de uma chance é a aceitação das probabilidades do acaso e das circunstâncias aleatórias. Nítido é que a perda das chances se coloca frente a um problema de certezas, porquanto não se sabe se a vantagem ou o prejuízo iriam se materializar caso a chance não tivesse se perdido.

Vislumbrou-se, também, que no ordenamento jurídico brasileiro, a aceitação inicial da teoria creditava as chances perdidas um mero dano hipotético, não as fornecendo reparação. Registre-se, que danos hipotéticos continuam não sendo reparáveis, devendo as chances perdidas serem sérias e reais.

Posteriormente, compreendeu-se que as chances perdidas podem assumir três naturezas jurídicas diversas, a depender da corrente doutrinária adotada. Essa pode ser concebida como um dano autônomo, como um alargamento do conceito de nexo de causalidade e que ela poderá depender da circunstância analisada (diferenciação entre os casos clássicos de perda de uma chance e de chance perdida na seara médica - típica aplicação da doutrina majoritária francesa).

Observou-se, inicialmente, tanto as teorias tradicionais do nexo de causalidade (equivalência das condições, causalidade adequada e dano direto e imediato), quanto as teorias alternativas de nexo causal (causalidade parcial).

Atentou-se, ao se compreender a causalidade parcial, que os autores que defendem a natureza jurídica da perda das chances relacionada ao nexo causal, não compreendem a chance de maneira autônoma ao dano final. Para eles, a causalidade deveria ser aferida proporcionalmente. Autores como Jackes Boré, John Makdsi e António Malta Pinto defendem essa base teórica.

Quando se compreendeu a perda de uma chance como um dano autônomo, recorreu-se aos ensinamentos de Fernando Noronha, Joseph King Jr., e George Durry. Para esses autores, as chances estão desvinculadas do dano final, devendo ser concebidas de maneira autônoma, por meio do alargamento do conceito de dano. Assim, seria necessário se isolar a chance perdida para se aferir a reparação.

Observou-se, por fim, que a doutrina majoritária francesa separa os casos de perda de uma chance em duas situações distintas: os casos clássicos e os casos de perda de uma chance na seara médica. Nos casos clássicos, tais como o do advogado que perdeu o prazo recursal, se compreendeu que deve ficar comprovado o nexo causal tradicional, uma vez que a vítima perde todas as chances possíveis, interrompendo-se totalmente o processo aleatório. Nesses casos a natureza jurídica das chances perdidas devem ser enfrentadas como um prejuízo autônomo.

Nas situações de perda de uma chance na seara médica, o processo aleatório não é totalmente interrompido, não se conseguindo delimitar um nexo de causalidade. É por isso que nessas situações deveria ser aplicado um conceito menos ortodoxo de nexo de causalidade. No Brasil, esta é a teoria defendida por Rafael Peteffi da Silva. Em França, autores como René Savatier são um pouco mais radicais, aduzindo que em casos de perda da chance na seara médica se estaria diante do binômio “*tudo ou nada*”: ou se consegue comprovar o nexo e receber toda a indenização, ou não se consegue comprová-lo e a demanda é julgada totalmente improcedente.

No último capítulo, analisou-se como a temática é enfrentada no ordenamento jurídico pátrio. O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é de que não pode existir mitigação no nexo de causalidade, devendo a chance perdida assumir a natureza jurídica de dano autônomo.

O entendimento central do STJ, baseia-se no fato de que sem a prova inequívoca da demonstração de que o dano decorreu total ou parcialmente da conduta do agente, não se pode falar em reparação ou em responsabilidade civil. A Corte Superior denota que mitigar o nexo de causalidade implicaria em romper com o princípio da *conditio sine qua non*, a qual ampara tanto o sistema de responsabilidade civil brasileiro, quanto os demais sistemas de matriz romano-germânica.

Assim, não obstante existir o entendimento de que em casos de perda de uma chance na seara médica o nexo de causalidade deveria ser abrandado, o Colendo Tribunal não vem dando suporte prático a tal viés. Os ilustres Ministros delineiam, tal como Fernando Noronha, que a perda de uma chance estaria relacionada a uma modalidade autônoma de reparação. Apurou-se, também, que o entendimento jurisprudencial do STJ aplica a perda de uma chance quando não é possível o estreitamento direto do nexo causal entre a conduta do agente e do dano final.

Dessa forma, observando-se a natureza jurídica da perda de uma chance sob a ótica jurisprudencial, a presente monografia concluiu que Superior Tribunal de Justiça acredita

possuírem as chances perdidas natureza jurídica de dano autônomo. Já, sob o manto doutrinário existem, ainda, profundas divergências, as quais são pouco enfrentadas nas decisões analisadas.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIN, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. - 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1980.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 41)

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: junho de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.254.141 - PR. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma de Lima Oliveira - Espólio e Outros. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 04.12.2012

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.247/RJ. Recorrente: Carlos Márcio Da Costa Cortázio Corrêa e Outros. Recorrido: Cryopraxis Criobiologia Ltda. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.08.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.308.719 – MG. Recorrente: Vera Lúcia Ribeiro de Souza. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Mauro Campbell Marques, julgado em 25.06.2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.383.437 – SP. Recorrente: Tvsbt - Canal 4 de São Paulo S/A. Recorrido: Julio Augusto de Souza. Relator: Sidnei Beneti, julgado em 27.08.2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.662.338 - SP. Recorrente: Geraldo Alves Ferreira Filho, Maria Silvia Waldemarin Ferreira e Marcio Antonio Arantes. Recorrido: Os Mesmos. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 12.12.2017

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.677.083 - SP. Recorrente: Hospital Alvorada Taguatinga Ltda. Recorrido: Rogério Rodrigues de Oliveira. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14.11.2017

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1104665 / RS. Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes Dos Santos. Relator: Massami Uyeda, julgado em 09.06.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.660.167 / RJ. Recorrente: Rodrigo Ferreira de Souza. Recorrido: Unimed-Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. Relator: Nancy Andrighi, julgado em 25.04.2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Com Revisão 9161230-54.2007.8.26.0000. Apelante: Care Serviços Culturais S/C Ltda. Apelado: Renato Slobodticov. Relator: Artur Marques, julgado em 13.08.2007

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0002675-21.2008.8.26.0562. Apelante: Rosilma Menezes Roldan. Apelado: Franzese Advocacia e Outros. Relator: Francisco Casconi, julgado em 25.06.2013

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0037922-96.2005.8.26.0100. Apelante: Tvsbt - Canal 4 De São Paulo S/A e Bf Utilidades Domésticas Ltda e Regiane de Mello Alves. Apelado: Tvsbt - Canal 4 De São Paulo S/A, Bf Utilidades Domésticas Ltda, Regiane de Mello Alves e Senhor Abravanel. Relator: Mary Grün, julgado em 25.02.2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0005271-47.2011.8.26.05. Apelante: Delaine Monte Santo Duclos Portella. Apelado: Santamália Saúde S/A. Relator: Cesar Ciampolini, julgado em 24.11.2015

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 21.062. Apelante: Sibisa S. Birman S/A Ind. e Com, Milton Nascimento Pereira de Carvalho e Outros, Cia Novosul, Ind. Com. e Adm. Apelados: Os mesmos. Relator: Antônio Vilela Amaral Braga. 8.11.1973

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance: A Álea e a Técnica**: Coordenação: Maria Fernanda Novaes Hironaka, Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** /– 8. ed. –3. reimpr.- São Paulo: Atlas, 2009

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil** – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013

GIUSTINA, Vasco Della. **Responsabilidade Civil dos grupos**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 170 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** – 16. ed. rev. e ampl.. – São Paulo: LTr, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014

LEITÃO, António Pedro Santos. **Da Perda de Chance Problemática do Enquadramento Dogmático**. 2016, 91 f. Dissertação (Ciências Jurídico-Civilísticas – Menção em Direito Civil) – Universidade de Coimbra. Acessado em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20-%20Perda%20de%20Chance1.pdf>>. Acesso em 25.06.2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. – 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

PEDRO, Rute Teixeira. **A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Flávio Cabral Fialho. **Análise da Natureza Jurídica Pela Perda de Uma Chance**. Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 178, p. 99-246, jul. 2014. Bimestral

PINTO, Paulo Mota. “**Perda de Chance Processual**.” Revista de Legislação e Jurisprudência, Março - Abril de 145 - 2016: 174 -201

ROCHA, Nuno Santos. **A 'Perda de Chance' Como Uma Nova Espécie de Dano**. 1ª edição, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

SAVI, Sérgio.. **Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance**. – São Paulo: Atlas, 2006

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 7ª Ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, São Paulo. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas Sobre o Nexo de Causalidade**. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 296, p. 7-18, jun de 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; v. 4)

**APÊNDICE – Análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca das chances perdidas do período de 01.2013 à 06.2018**

CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
<b>AgInt no AREsp 690453</b>	Negligência de Advogado	2018	Em outra demanda, a advogada das autoras (ré - nesse processo) não recorreu, preferindo chamar o feito a ordem. Assim, as autoras pleitearam a chance perdida naquela oportunidade. As requerentes perderam em primeiro grau e ganharam em segundo, pelo que foi interposto REsp (pela ré). O REsp foi desprovido e o Ag. Int. também, mantendo-se a aplicação da perda de uma chance.	SIM	X
<b>AgInt no AREsp 1213438</b>	Negligência de Advogado	2018	A parte autora deixou de ser incluída na massa falida de uma empresa, em razão de orientação do seu advogado que acreditou no insucesso do processo de falência. Em segundo grau, a parte autora ganhou. O REsp não foi conhecido e o agravo interno também não.	SIM	X
<b>REsp 1540153</b>	Venda de Ação na Bolsa sem Autorização	2018	A ré (Banco Santander) vendeu ações compradas pelo autor com capital emprestado por ela, sem a autorização do autor. Postulou a perda de uma chance de negociar as ações futuramente. Em 2º grau o autor ganhou. O STJ confirmou o acórdão do TJRS.	SIM	
<b>AgInt no AREsp 832397</b>	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2018	O autor afirma que foi submetido a cirurgia desnecessária, perdendo o movimento dos membros inferiores. O réu aduziu que se aplicou a teoria da perda de uma chance, sem os pressupostos necessários (chances certas e reais). O acórdão delineou que esse argumento não foi prequestionado. Negou-se provimento ao agravo.	SIM (*)	
<b>REsp 1708293</b>	Negligência de Advogado	2018	O autor afirma que a DPU não apresentou o recurso correto, em decisão que pleiteava a reforma do autor. O Tribunal de origem delineou que não havia certeza da probabilidade. O REsp não foi conhecido.	NÃO	X
<b>AgInt no AREsp 1052335</b>	Falta de Entrega de Diploma	2018	Um bacharel em educação física pleiteou a perda da chance pela falta da entrega de diploma de nível superior. Foi aplicada a teoria e arbitrado o valor de R\$ 5.000. O autor pretendia majorar o valor da condenação. O ministro não entendeu o valor como irrisório, não afastando a súmula 7 do STJ.	SIM	X
<b>AgInt no AREsp 1200969</b>	Negligência de Advogado	2018	Em outra demanda, o advogado (réu nessa ação) ingressou com ação de execução de título extrajudicial. O autor postulou pela perda de uma chance, em função da improcedência da ação. O Tribunal de 2º grau entendeu que o requerente poderia entrar com uma nova ação de conhecimento. O STJ afirmou que se entrasse no mérito da questão haveria reexame de matéria fática, o que é inviabilizado pela súmula 7 do STJ.	NÃO	X
<b>AgInt no AgRg no AREsp 702720</b>	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2018	Os autores alegaram que a filha perdeu as chances de sobreviver pela demora no atendimento. Não foi dado provimento ao recurso em 2º grau (ausência de nexos causal). O STJ delineou que a reanálise do tema implicaria em reexame de matéria fática.	NÃO	X



CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
AgRg no REsp 1569968	Acidente de trânsito/Pensal Mensal/Filha Já Havia Concluído a Metade do Curso Superior	2018	Autores postulam pela perda da chance com vistas a incluir na indenização o pagamento de uma pensão mensal referente a 2/3 do " piso salarial" da profissão de enfermeira, uma vez que a filha já havia concluído metade do curso. Em 2º grau não se concluiu por chances sérias e reais. O STJ delineou que a reanálise encontraria óbice na súmula 7.	NÃO	X
REsp 1662338	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2017	Os autores postularam pela aplicação da teoria da perda de uma chance de sobrevivência da filha. A vítima sofreu um AVC, recebeu alta do outro dia e faleceu em casa. O Tribunal de 2º grau acolheu a aplicação da teoria das chances perdidas. O STJ, contudo, entendeu que não havia nexo causal, ensejando aos pais a perda da ação.	NÃO	
REsp 1696913	Dir. Adm/Exoneração por Falta de Concurso	2017	A autora pleiteou a aplicação da perda de uma chance, alegando que era servidora efetiva, com os mesmos direitos dos efetivos, não tendo porque prestar concurso. Sustentou que o Estado de MG lhe enviou uma corRESPondência oficial, desmotivando-a a prestar concurso. A autora perdeu a ação em 2º grau e o STJ entendeu que a reanálise da tese implicaria em reexame de matéria fática.	NÃO	X
REsp 1677083	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2017	O autor postulou a aplicação da perda de uma chance, alegando que a sua esposa, em razão de um diagnóstico extemporâneo, sofreu uma queda e veio a óbito. O STJ entendeu que há nexo de causalidade, mantendo a condenação.	SIM	
AgInt nos EDcl no REsp 1145118	Negligência de Advogado	2017	Perda de uma chance em razão da negligência do advogado. Necessidade da chance ser séria e real. Não foi aplicada a teoria das chances perdidas.	NÃO	X
AgInt no AREsp 1075447	Êxito em Processo Administrativo	2017	Perda da chance de êxito em processo administrativo. O STJ consignou que o falecimento da mandante afastou as alegações de perda de uma chance da autora. A Corte Superior asseverou que entendimento diverso encontraria óbice na Súmula 7 do STJ.	NÃO	X
AgInt no AREsp 140251	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2017	A autora pleitou a a perda de uma chance alegando que foi 5 vezes ao ambulatório das 8h00 até às 21h00, sendo internada com PCR. Ficou permanente inválida após dois meses de coma. Decisão de segundo grau confirmada pelo STJ, aplicando a teoria da perda de uma chance.	SIM	X
AgInt no REsp 1643566	Negligência de Advogado	2017	Perda de uma chance em razão da negligência do advogado. A revisão dos valores aferidos pela vítima em primeiro grau encontraria óbice a súmula 7 do STJ.	SIM	X

CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
AgInt no REsp 1577177	Interrupção no Fornecimento de Fármaco	2017	Filhos reclamaram a indenização pela perda da chance de sobrevivência do genitor, pela falta de entrega de medicamento de câncer que acarretou em seu óbito. O STJ manteve a condenação já delineada tanto em 1º, quanto em 2º grau. Asseverou que majorar ou minorar encontraria óbice na súmula 7 do STJ	SIM	X
AgInt no REsp 1577177	Interrupção no Fornecimento de Fármaco	2017	IGUAL		
AgInt no AREsp 909233	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2017	Parentes postularam danos morais e materiais em razão de erro médico, o qual ocasionou o óbito da vítima. O juiz de 1º grau mencionou a teoria da perda de uma chance. Em 2º grau, alterou-se o cálculo dos honorários advocatícios. O STJ delineou que o fato do juiz de 1º grau ter interpretado o pedido de forma ampla não incorreu em julgamento extra petita, aplicando-se, no caso concreto, a perda de uma chance.	SIM	
REsp 1591178	Acidente de Carro/Sequela/Inscrito em concurso	2017	O autor postulou a perda de uma chance alegando estar bem posicionado em lista classificatória de um concurso, mas em razão de um acidente de carro ficou com graves sequelas, não podendo dar continuidade nas provas. O STJ entendeu que não haviam chances sérias e reais, negando provimento ao feito.	NÃO	
AgInt no AREsp 741577	Extravio de Processo Administrativo	2017	Postulou-se a perda de uma chance pelo extravio de processo administrativo pelo INSS. O STJ entendeu que não haviam possibilidades concretas da chance trazer algum benefício ao autor. Reanálise/Súmula 7 do STJ.	NÃO	X
REsp 1039690	Negligência de Advogado	2017	Perda de prazo para apelação.	NÃO	
AgInt no REsp 1380766	Erro no Ato de Nomeação de Concurso Público	2017	Perda de uma chance em razão de erro da administração ao não proceder a publicidade necessária ao ato de nomeação da autora. O STJ consignou que o recorrente limitou-se a alegar a inexistência da indenização e não o acórdão em sua inteireza. Manteve a aplicação da perda de uma chance.	SIM - No REsp.	SÚMULA 283 DO STF
REsp 1622538	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2017	Perda de uma chance de sobrevivência/possibilidade de cura. Em 1º grau o pedido foi julgado improcedente, em 2º grau foi julgado procedente o pedido e aplicado a perda da chance. O STJ afirmou que não é passível imputar erro crasso ao médico, dando provimento ao recurso do réu e isentando-o de condenação.	NÃO	
AgInt no REsp 1637988	Concessionária de Energia Elétrica/Venda da Propriedade	2017	Afirmando inexistir débito com a concessionária de energia elétrica, o autor pleitou a perda da chance de venda da sua propriedade. A ação foi julgada improcedente em 1º e 2º grau. Foi negado provimento ao REsp e ao agravo interno.	NÃO	X
AgInt no REsp 1435370	Negligência de Advogado	2017	Perda de uma chance por ausência no pagamento de preparo. O STJ manteve a decisão do 2º grau que concluiu por reais possibilidades de êxito. Reanálise/súmula 7STJ.	SIM	X
AgInt no REsp 1435370	Negligência de Advogado	2017	IGUAL		
AgInt no AREsp 893996	Negligência de Advogado	2016	Perda de uma chance por ausência de contestação tempestiva pela Defensoria Pública. O autor não provou reais chances de êxito. O STJ aduziu não poder reanalisar matéria fática (súmula 7 STJ).	NÃO	X

CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
REsp 1549528	Inatividade do Poder e Polícia/Reintegração de Posse	2016	O TJ de 2º grau não analisou a questão, o que leva a incidência da súmula 211 do STJ.	NÃO	SÚMULA 211 DO STJ
AgInt no REsp 1445159	Impossibilidade de Acumulação de Cargos Públicos	2016	A agravante postula pela desnecessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para quantificação do valor a ser indenizado. No caso, a recorrente exercia dois cargos públicos na área da saúde, plenamente acumuláveis. O STJ delineou que não se trata de chance, mas de prejuízo certo e determinado ordenando que o dano fosse verificado pelo tribunal de origem.	SIM	
AgRg no Ag 1154294	Restituição de Indébito	2016	Perda de uma chance de compensar débitos fiscais perante a Fazenda Estadual em razão das condutas culposas das agravadas que inadimpliu o contrato. A perda da chance não restou configurada e a sua reanálise estaria obstada pela súmula 7 do STJ.	NÃO	X
AgRg no REsp 1550316	Negligência de Advogado	2015	Perda de uma chance em razão da Defensoria pública do Estado de Roraima deixar de propor a ação da parte autora, fazendo-lhe perder a chance de nomeação em concurso público. Manteve-se a aplicação da perda da chance, negando-se seguimento ao recurso especial.	SIM	
AgRg no AREsp 173148	Demora no Cumprimento de decisão Judicial/ Fornecimento de Fármaco	2015	Demora no cumprimento de decisão judicial fez com que o marido da autora perdesse a chance de sobreviver. Alterar a conclusão do acórdão recorrido encontraria óbice na súmula 7 do STJ.	SIM	X
AgRg no AREsp 553104	Erro Médico/REsponsabilidade Hospitalar	2015	Negligência no atendimento hospitalar de emergência. Perda da chance de se evitar um prejuízo (cegueira do olho direito). Manteve-se o acórdão <i>a quo</i> , o Ministro frisou que para se afastar a aplicação da perda da chance seria necessária reanálise de provas.	SIM	X
REsp 1550255	Resilição Contratual	2015	O caso tratou de uma ruptura unilateral de prestação de serviços advocatícios com um consórcio (réu). A autora pleiteou a perda da chance de futuramente fazer jus aos honorários finais de êxito. O Ministro entendeu não se tratar de perda de uma chance, em razão da ré não ter perpetrado ato ilícito. O Ministro Moura Ribeiro foi voto vencido, entendendo que haveria perda da chance. Esse aduziu que o rompimento repentino e imotivado da avença pelo consórcio implicaria em enriquecimento ilícito. O Ministro Marco Aurélio Belizze também ficou vencido.	NÃO	
AgRg no AREsp 742655	Cancelamento de Voo/Impossibilidade de conhecimento em evento de negócios	2015	Perda de uma chance em razão de cancelamento de voo, impossibilitando o autor de proferir uma palestra e realizar negócios no exterior. Em 1º e 2º grau foi acolhido o seu pedido. O STJ delineou que acolher o recurso da ré implicaria em afronta a súmula 7.	SIM	X

CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
AgRg no REsp 1322953	Negligência de Advogado	2015	Em 1º e 2º grau foi deferida a indenização do autor, face a perda de chance processual pela negligência de seu advogado. Contudo, não lhe foi deferido dano moral, pelo que o autor recorreu. O acórdão consignou que o autor deveria ter apelado da sentença para compreender se a indenização a ele deferida foi a título de danos materiais ou morais. Postular qual a natureza jurídica da chance perdida, nesse momento, incorreria em inovação recursal, preclusão consumativa e óbice à súmula 7 do STJ.	SIM	X
AgRg no AREsp 573441	Negligência de Advogado	2015	Perda da chance por negligência do advogado. O 2º grau não entendeu pela aplicação da perda de uma chance. O STJ delineou que não foi indicado o dispositivo da Lei Federal ao qual foi dada interpretação divergente e que estava ausente a similitude fática. O AgRg foi desprovido.	NÃO	
AgRg no REsp 1312450	Negligência de Advogado	2014	Perda de uma chance por falta de recolhimento de custas pelo advogado. Tendo em vista o 2º grau não ter entendido pela aplicação da perda de uma chance, o STJ delineou que é vedado o reexame de matéria fática.	NÃO	X
REsp 1291247	Falha na Prestação de Serviço/Coleta de Células Tronco	2014	Perda de uma chance em razão da ausência de coleta de células tronco.	SIM	
REsp 1236809	Negligência de Advogado	2014	Autor foi excluído do litisconsórcio ativo e o outro autor entrou com ação rescisória e obteve o ganho de causa. Tendo em vista o 2º grau não ter entendido pela aplicação da perda de uma chance, o STJ delineou que é vedado o reexame de matéria fática.	NÃO	X
AgRg nos EREsp 1335622	Erro Médico/Recusa no atendimento	2014	No caso em tela, discutia-se, em sede de REsp, a perda da chance pela recusa de atendimento de um hospital particular a uma criança. O REsp foi parcialmente provido. O hospital entrou com embargos de divergência, o qual foi liminarmente negado por ausência de similitude fática. O hospital interpôs AgRg ao qual também foi negado provimento.	SIM	
AgRg no AREsp 221645	Negligência de Advogado	2014	Perda da chance pela perda de prazo processual. Foi negado seguimento ao AgREsp, pelo que foi interposto um Agravo Regimental, ao qual também foi negado provimento.	NÃO	X
AgRg no AREsp 81821	Negligência de Advogado	2014	Perda da chance pelo fato da advogada não apresentar peça processual indispensável para o ganho de causa. STJ confirma o acórdão do TJ/RS, aduzindo que interpretar diferente implicaria em reexame de matéria fática.	SIM	X
REsp 1354100	Desapropriação/Construção de empreendimento	2013	Perda de uma chance de implantar um empreendimento (hotel) em razão da área ser desapropriada para o lago de uma usina hidrelétrica. Em 2º grau ficou decidido que era apenas um projeto, o que foi confirmado pelo STJ para não implicar em afronta a súmula 7 do STJ.	NÃO	X

CLASSE	TEMÁTICA PRINCIPAL	ANO	Qual o pedido?	Aplicou a perda da chance?	Óbice na súmula 7 do STJ
<b>REsp 1244685</b>	Curso Superior Não Reconhecido pelo MEC	2013	O autor concluiu curso de Ciências Jurídicas na UNIBAN-SP, passou na OAB, mas não conseguiu se inscrever no quadro dos advogados, ante o não reconhecimento da instituição pelo MEC. O autor não postulou a perda de uma chance, não aplicando o STJ a teoria porque incorreria em julgamento extra petita.	NÃO	
<b>REsp 1383437</b>	Programa Televisivo	2013	Perda da chance de continuar disputando as próximas fases de um programa de TV por REsponder a REposta corretamente, mas de forma contrária a bibliografia indicada.	SIM	
<b>REsp 1308719</b>	Inacumulabilidade de Cargos	2013	Os recorrentes exerciam dois cargos públicos na área da saúde, plenamente acumuláveis. Contudo, entendeu-se que eles não poderiam acumulá-los. O 2º grau aplicou a perda da chances e o STJ delineou que não se trata de chance, mas de prejuízo certo e determinado.	NÃO	
<b>AgRg no Ag 1106066</b>	Negligência de Advogado	2013	Interposição de recurso fora do prazo. Não foi aplicada a perda da chance, uma vez que o STJ não tem posição pacífica sobre o tema, não se sabendo se o recurso ao ser interposto no pazo correto obteria provimento.	NÃO	X
<b>EDcl no REsp 1321606</b>	Negligência de Advogado	2013	Perda de uma chance de ser aprovada em concurso público porque o advogado impetrou MS fora do prazo e sem os documentos necessários.	SIM	
<b>AgRg no REsp 1149718</b>	Negligência de Advogado	2013	Perda de prazo processual para a propositura de ação principal, fazendo com que a autora perdesse a casa que residia com a sua família.	SIM	